

# Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung

von

MICHAEL ZÄRBAN

*Mainz 1966*



Zárban • Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung



# Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung

## DISSERTATION

vorgelegt der  
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät  
der Johannes Gutenberg-Universität  
in Mainz

von

MICHAEL ZÄRBAN



1. Berichterstatter: Professor Dr. H. Bartholomeyczik
2. Berichterstatter: Professor Dr. W. A. Scheuerle

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 1966

# Inhaltsübersicht

|                                                                                                                         | Seite |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Schrifttumsverzeichnis .....                                                                                            | VIII  |
| Abkürzungsverzeichnis .....                                                                                             | XVII  |
| A. Einleitung                                                                                                           |       |
| Die Beispielfälle der Entscheidung BGHZ 25, 16 als Anlaß der Arbeit ..                                                  | 1     |
| B. Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung bei Bewilligung durch den eingetragenen Nichtberechtigten .....                 | 2     |
| I. Der Bestand des Anspruchs als Voraussetzung .....                                                                    | 2     |
| II. Erwerb nach § 892 BGB? .....                                                                                        | 2     |
| III. Erwerb nach § 893 BGB .....                                                                                        | 3     |
| 1. Bewilligung der Vormerkung als Verfügung .....                                                                       | 3     |
| 2. Bewilligung der Vormerkung als Rechtsgeschäft zwischen Ein-<br>getragenen und Gläubiger .....                        | 4     |
| a) Der Wortlaut des Gesetzes als Kurzfassung für zweiseitige<br>und einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte ..... | 4     |
| b) Die Mitwirkung des Gläubigers als Empfänger der Erklärung                                                            | 4     |
| C. Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung bei Übertragung des gesicherten<br>Anspruchs? .....                               | 6     |
| I. Feststellung einer Gesetzeslücke als Voraussetzung einer entspre-<br>chenden Anwendung des § 892 BGB .....           | 6     |
| 1. Sinndeutende Auslegung des Gesetzes .....                                                                            | 7     |
| 2. Feststellung der Lückenhaftigkeit nach der immanenten Zweck-<br>setzung des Gesetzes .....                           | 7     |
| II. Die tragenden Grundsätze des Gutglaubensschutzes in § 892 BGB ..                                                    | 7     |
| III. Die Meinungen zur Rechtsnatur der Vormerkung .....                                                                 | 8     |
| 1. Grundbuchvermerk .....                                                                                               | 8     |
| 2. Verdinglichung des Anspruchs .....                                                                                   | 8     |
| 3. Ius ad rem und obligatio in rem scripta .....                                                                        | 9     |
| 4. Veräußerungsverbot .....                                                                                             | 9     |

|                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 5. Verfügungsbeschränkung .....                                                                      | 10 |
| 6. Negatives Herrschaftsrecht .....                                                                  | 10 |
| 7. Recht am Grundstück .....                                                                         | 11 |
| 8. Bedingtes Recht am Grundstück .....                                                               | 11 |
| 9. Anwartschaftsrecht .....                                                                          | 11 |
| IV. Die Vormerkung zur Sicherung eines Ubereignungsanspruchs als dingliche Erwerbsberechtigung ..... | 12 |
| 1. Die Vormerkung als Recht .....                                                                    | 12 |
| 2. Dinglichkeit der Vormerkung .....                                                                 | 12 |
| a) Abstraktion und Akzessorietät .....                                                               | 12 |
| b) Bestimmung des Inhalts durch den Anspruch .....                                                   | 13 |
| c) Numerus clausus und Typenzwang .....                                                              | 13 |
| d) Unmittelbare Sachherrschaft und Ausschließungsbefugnis gegenüber Dritten .....                    | 14 |
| aa) Die gesetzlichen Wirkungen der Vormerkung .....                                                  | 15 |
| bb) Die Bedeutung der Vormerkung im Verhältnis zum Schuldner des Anspruchs .....                     | 16 |
| cc) Die Durchsetzbarkeit der Vormerkung nach gutgläubigem Erwerb .....                               | 16 |
| 3. Vergleich mit dem dinglichen Vorkaufsrecht .....                                                  | 17 |
| 4. Vergleich mit der Hypothek .....                                                                  | 18 |
| V. Der Übergang der Vormerkung bei Übertragung des Anspruchs ..                                      | 19 |
| 1. Anwendbarkeit von § 401 BGB .....                                                                 | 19 |
| 2. Vergleich mit dem Übergang der Hypothekenforderung .....                                          | 19 |
| a) Die Entstehungsgeschichte der Vorschriften für den Hypothekenübergang .....                       | 20 |
| b) Die Bedeutung der Untrennbarkeit von Forderung und Hypothek .....                                 | 21 |
| c) Vergleich mit Übertragung und gutgläubigem Erwerb der Grundschuld .....                           | 21 |

|                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| d) Geltung des § 401 BGB und Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek für den gesetzlichen Forderungsübergang ..... | 22 |
| e) Geltung des § 401 BGB im Rahmen des § 1159 BGB .....                                                                    | 23 |
| f) „Abtretung der Hypothek“ im allgemeinen Sprachgebrauch und im Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 .....                 | 24 |
| g) Zuordnungsbestimmende Wirkung                                                                                           |    |
| aa) der Forderung für die Hypothek .....                                                                                   | 25 |
| bb) der Hypothekeneintragung auch für die Forderung ....                                                                   | 25 |
| h) Der rechtsgeschäftliche Wille beim Hypothekenübergang ..                                                                | 26 |
| 3. Zuordnungsbestimmende Wirkung des Anspruchs für die Vormerkung .....                                                    | 27 |
| 4. Vergleich mit dem Übergang des Pfandrechts .....                                                                        | 28 |
| 5. Der Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs beim Pfandrecht ....                                                             | 29 |
| a) Übergabe und Gutgläubensschutz im Mobiliarsachenrecht ..                                                                | 29 |
| b) Eintragungsprinzip und Gutgläubensschutz                                                                                |    |
| aa) bei der Hypothek .....                                                                                                 | 30 |
| bb) bei der Vormerkung .....                                                                                               | 30 |
| 6. Die Interessenlage .....                                                                                                | 30 |
| a) Bei der Hypothek .....                                                                                                  | 30 |
| b) Beim Pfandrecht .....                                                                                                   | 31 |
| c) Bei der Vormerkung .....                                                                                                | 31 |
| aa) Kurzfristige Sicherung .....                                                                                           | 31 |
| bb) Langfristige Sicherung bei Optionen .....                                                                              | 31 |
| D. Ergebnis .....                                                                                                          | 33 |
| E. Anhang                                                                                                                  |    |
| Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung in der Zwangsvollstreckung ..                                                           | 34 |
| I. Erwerb nach §§ 894, 898 ZPO .....                                                                                       | 34 |
| II. Entsprechende Anwendung von § 898 ZPO auf den Erwerb der Vormerkung nach § 895 ZPO .....                               | 34 |

## Schrifttumsverzeichnis

- Asch Adolf Asch, Der Schutz des Vormerkungsberechtigten durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, in JR 1927, Band 1, S. 113 ff.
- Bartholomeyczik Horst Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1965
- Baumbach-Lauterbach Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., München und Berlin 1965
- Baur Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl., München und Berlin 1963
- Bendix Bendix, Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung, in JW 1904, S. 601 f.
- Biermann, Sachenrecht Johannes Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914
- Biermann, Widerspruch und Vormerkung Johannes Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901
- Boehmer Gustav Boehmer, Trennung von Hypothek und Forderung, in ArchBürgR. 37, S. 205 ff.
- Canaris Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Caro F. Caro, Vormerkung und guter Glaube, in JR 1928, S. 117 ff., 132 ff.
- Cosack Konrad Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band, 3. Aufl., Jena 1901, 6. Aufl., Jena 1913
- Crome Carl Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Band, Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905

|                       |                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Dölle                 | Hans Dölle, Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika, in GruchBeitr. 68, S. 492 ff.                                                                                                                                                               |
| Drabik                | Erich Drabik, Vormerkung und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, Diss. Köln 1936                                                                                                                                                                  |
| Dulkeit               | Gerhard Dulkeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951                                                                                                                                                                         |
| Eichler I, II 2       | Hermann Eichler, Institutionen des Sachenrechts, 1. Band, Berlin 1954, 2. Band, 2. Halbband, Berlin 1960                                                                                                                                          |
| Elsaß                 | Arthur Elsaß, Anm. zum Urteil des RG vom 19. 10. 1927 — 465/26 V — in JW 1928, S. 499                                                                                                                                                             |
| Engisch               | Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964                                                                                                                                                                      |
| Enneccerus            | Ludwig Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889                                                                                                                                                                      |
| Enneccerus-Lehmann    | Ludwig Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann (Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band), Tübingen 1958                                                   |
| Enneccerus-Nipperdey  | Ludwig Enneccerus, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. von Hans Carl Nipperdey (Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band), 1. Halbband, Tübingen 1959, 2. Halbband, Tübingen 1960 |
| Erman-Bearbeiter      | Walter Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., 2. Band, §§ 854—924, 1113—1203 bearbeitet von Harry Westermann, Münster 1962                                                                                                   |
| Flume, Rechtsgeschäft | Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin. Heidelberg. New York 1965                                                                                                                            |

|                               |                                                                                                                                        |
|-------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Flume                         | Werner Flume, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, in AcP 161, S. 385 ff.                                                         |
| Fuchs, Grundbegriffe          | Eugen Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917                                                                               |
| Fuchs, Grundbuchrecht         | Eugen Fuchs, Grundbuchrecht, Band 1: materielles Grundbuchrecht, Berlin 1902                                                           |
| Fuchs                         | Eugen Fuchs, Probleme des Sachenrechts, in GruchBeitr. 46, S. 549 ff.                                                                  |
| Fuchs, Wesen der Dinglichkeit | Eugen Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, Berlin 1889                                                                                   |
| Furtner                       | Georg Furtner, Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung?, in NJW 1963, S. 1484 ff.                                                         |
| Georgiades                    | Apostolos Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, Tübingen 1963                                                     |
| Gierke, Fahrnisbesitz         | Otto Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1897 |
| Gierke, Sachenrecht           | Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Band, Sachenrecht, Leipzig 1905                                                                 |
| Güthe                         | Georg Güthe, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Rechtsgebiete der Vormerkung, in GruchBeitr. 57, S. 1 ff.                             |
| Güthe-Triebel                 | Güthes Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, 6. Aufl. von Franz Triebel, Berlin 1936    |
| Heck                          | Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930                                                                                 |
| Hellwig                       | Konrad Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901                                                          |
| Hesse                         | William Hesse, Der Rang von Verfügungsbeschränkungen, in DFG 1938, S. 85 ff.                                                           |

|                       |                                                                                                                           |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Hoche                 | Hoche, Zusammentreffen von Vormerkung und Widerspruch, in JW 1927, S. 1817                                                |
| Horber                | Ernst Horber, Grundbuchordnung, 8. Aufl. des von Fritz Henke und Gerhard Mönch begründeten Werks, München und Berlin 1964 |
| Hübner                | Heinz Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955                                                     |
| Kempf                 | L. Kempf, Zur Rechtsnatur der Vormerkung — BGHZ 25, 16, in JuS 1961, S. 22 ff.                                            |
| Krauthausen           | Udo Krauthausen, Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung, Diss. Mainz 1963                                                     |
| Küchler               | Kurt Küchler, Die Sicherungsgrundschuld, Berlin 1939                                                                      |
| Larenz, Methodenlehre | Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin. Göttingen. Heidelberg 1960                                     |
| Larenz, Schuldrecht   | Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1965                       |
| Larenz                | Karl Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in NJW 1965, S. 1 ff.                               |
| Lehmann               | Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963                                  |
| Lent-Schwab           | Friedrich Lent, Sachenrecht, fortgeführt von Karl Heinz Schwab, 10. Aufl., München und Berlin 1964                        |
| Lutter                | Marcus Lutter, Die Grenzen des sogenannten Gutglaubensschutzes im Grundbuch, in AcP 164, S. 122 ff.                       |
| Mayer                 | Robert Mayer, Nochmals: Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung?, in NJW 1963, S. 2263                                       |

|                      |                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Medicus              | Dieter Medicus, Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde, in AcP 163, S. 1 ff.                                                                                                                                     |
| Mitteis              | Ludwig Mitteis, Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Recht, Dekanatsprogramm zur Gedächtnisfeier für B. F. R. Luhn, Leipzig 1905                                                                                     |
| Müller               | Hildegard Müller, Der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung, Diss. Breslau 1932                                                                                                                                    |
| Neumann              | Joh. Neumann, Vormerkung und Veräußerungsverbot, in JW 1902, S. 454 ff.                                                                                                                                          |
| Nußbaum              | Arthur Nußbaum, Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens, 2. Aufl., Tübingen 1921                                                                                                                                 |
| Oberneck             | Hermann Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., 1. Band, Berlin 1909                                                                                                                                       |
| Oertelt              | Oertelt, Geht bei gutgläubigem Erwerb der Hypothek auch die persönliche Forderung auf den Zessionar über?, in Recht 1914, S. 294 f.                                                                              |
| Othmer               | Wilhelm Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht, Breslau 1902                                                                                                                             |
| Palandt - Bearbeiter | Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 25. Aufl., bearbeitet von Bernhard Danckelmann, Hans Gramm, Ulrich Hoche, Theodor Keidel, Wolfgang Lauterbach, München und Berlin 1966                                    |
| Philipsen            | Kurt Philipsen, Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche, Diss. Jena 1903, Berlin 1903                                                                                                                       |
| Planck - Bearbeiter  | Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 1. Hälfte, bearbeitet von E. Brodmann, O. Strecker, 5. Aufl., 1932—1933. Band 3, 2. Hälfte, bearbeitet von O. Strecker, F. Flad, 5. Aufl., 1935 bis 1938 |

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Raape             | Leo Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1908                                                                                                                                                                                                                                                |
| Raiser            | Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Ramdohr           | Hermann Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB, in GruchBeitr. 44, S. 324 ff.                                                                                                                                                                                                     |
| Reichel           | Hans Reichel, Die Vormerkung im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, in JherJb. 46, S. 59 ff.                                                                                                                                                                                                                                           |
| Reinicke          | Dietrich Reinicke, Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Vormerkung, in NJW 1964, S. 2373 ff.                                                                                                                                                                                                                                |
| RGRK - Bearbeiter | Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 1. Band, 2. Teil, 11. Aufl., bearbeitet von Robert Fischer, Otto Löscher, Karl Nastelski, Günther Wilde, Berlin 1960<br>3. Band, 1. Teil, 11. Aufl., bearbeitet von Kurt Herbert Johannsen, Wilhelm Kregel, Erich Pritsch, Berlin 1959 |
| Rheinen           | Fritz Rheinen, Ist die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung?, Diss. Bonn 1929                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Rosenberg         | Leo Rosenberg, Sachenrecht, 1. Halbband, München 1919                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Schönfeld         | Friedrich Schönfeld, Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, in JZ 1959, S. 140 ff.                                                                                                                                                                                                                           |
| Seckel            | Emil Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, Berlin 1903, S. 205 ff.                                                                                                                                                                              |

|                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Seegebarth              | Seegebarth, Anm. zum Urteil des RG vom 19. 10. 1927 — 465/26 V — in JW 1928, S. 499                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Sekler                  | G. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht, München 1904                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Serick                  | Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band 1, Der einfache Eigentumsvorbehalt, Heidelberg 1963                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Siebert - Bearbeiter    | Hs. Th. Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, neu herausgegeben von W. Siebert, 1. Band, §§ 1 bis 432, 9. Aufl., bearbeitet von Hefermehl, Mezger, Reimer Schmidt, Schultze-v. Lasaulx, Seydel, Siebert, Stuttgart 1959<br>3. Band, Sachenrecht, 9. Aufl., bearbeitet von Abraham, Augustin, Baur, Mühl, Oechßler, Rothe, Stuttgart 1960                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Staub                   | Hermann Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, in ArchBürgR. 5, S. 12 ff.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Staudinger - Bearbeiter | J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., bearbeitet von Franz Brändl, Helmut Coing, Berlin 1957<br>2. Band, 1. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241—432, 9. Aufl., erläutert von Alfred Werner, München, Berlin und Leipzig 1930<br>3. Band, Sachenrecht, 1. Teil, §§ 854—1017, 11. Aufl., erläutert von Hans Berg, Josef Ring, Günther Seufert, Berlin 1956<br>3. Band, Sachenrecht, 2. Teil, §§ 1018—1296, 10. Aufl., erläutert von Karl Kober, München, Berlin und Leipzig 1936<br>11. Aufl., erläutert von Ottmar Dittmann, Hugo Glaser, Fritz Riedel, Josef Ring, Franz Scherübl, Karl Spreng, Berlin 1963 |

|                      |                                                                                                                                                              |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Stintzing            | Stintzing, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu gute?, in Recht 1904, S. 321 ff.                                                  |
| Strohal, Programm    | Emil Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu statten?, Dekanatsprogramm zur Gedächtnisfeier für B. F. R. Luhn, Leipzig 1904 |
| Strohal              | Emil Strohal, Schuldübernahme, in JherJb. 57, S. 231 ff.                                                                                                     |
| Thomas-Putzo         | Heinz Thomas, Hans Putzo, Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., München und Berlin 1965                                                                              |
| Tucholsky            | Kurt Tucholsky, Die Vormerkung aus § 1179 BGB. und ihre Wirkungen, Diss. Jena 1915                                                                           |
| v. Tuhr I, II 1      | Andreas v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Leipzig 1910<br>2. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914                |
| Ungewitter           | Ungewitter, Besprechung von: Kurt Philippen, Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche, Berlin 1903, in GruchBeitr. 48, S. 156 ff.                        |
| Vervier              | Heinrich Vervier, Wesen und Wirkung der Vormerkung, Diss. Würzburg 1903                                                                                      |
| G. Weber             | Gustav Weber, Begriff und Rechtswirkungen der Vormerkung, Diss. Köln 1936                                                                                    |
| U. Weber             | Ulrich Weber, Die Anwendung der Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf die Vormerkung, Diss. Tübingen 1962                                             |
| Weimar               | Wilh. Weimar, Rechtsfragen zur Vormerkung, in MDR 1966, S. 33 f.                                                                                             |
| Westermann           | Harry Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl., Karlsruhe 1960                                                                                                      |
| Wieacker, Bodenrecht | Franz Wieacker, Bodenrecht, Hamburg 1938                                                                                                                     |

|              |                                                                                                                                                                                         |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Wieacker     | Franz Wieacker, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, in DRWiss. 1941, S. 49 ff.                                                                              |
| Wieczorek    | Bernhard Wieczorek, Zivilprozeßordnung, Band 4, Teil 2, Berlin 1958                                                                                                                     |
| Wolff-Raiser | Martin Wolff, Sachenrecht, 10. Bearbeitung von Martin Wolff und Ludwig Raiser (Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Band), Tübingen 1957 |
| Würdinger    | Hans Würdinger, Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, München 1928                                                                                                       |
| Zitelmann    | Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht, 2. Band, München und Leipzig 1912                                                                                                         |
| Zunft        | F. Zunft, Die Beschwerde gegen die Eintragung einer Vormerkung, in JW 1929, S. 2497 f.                                                                                                  |

## Abkürzungsverzeichnis

|             |                                                                                                 |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a. A.       | anderer Ansicht                                                                                 |
| a. a. O.    | am angeführten Ort                                                                              |
| Abs.        | Absatz                                                                                          |
| abw.        | abweichend                                                                                      |
| AcP         | Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)                                               |
| a. E.       | am Ende                                                                                         |
| ALR         | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten                                               |
| Alt.        | Alternative                                                                                     |
| Anm.        | Anmerkung                                                                                       |
| ArchBürgR.  | Archiv für Bürgerliches Recht (Band, Seite)                                                     |
| Aufl.       | Auflage                                                                                         |
| Bem.        | Bemerkung                                                                                       |
| BGB         | Bürgerliches Gesetzbuch                                                                         |
| BGH         | Bundesgerichtshof                                                                               |
| BGHZ        | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen<br>(Band, Seite)                           |
| BVerfGE     | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<br>(Band, Seite)                                   |
| DFG         | Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit (Jahrgang, Seite)                                          |
| Diss.       | Dissertation                                                                                    |
| DRWiss.     | Deutsche Rechtswissenschaft (Jahrgang, Seite)                                                   |
| E I         | Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche<br>Reich, Erste Lesung                 |
| Einl.       | Einleitung                                                                                      |
| ErbVO       | Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919<br>(RGBl S. 72)                             |
| Erl.        | Erläuterung                                                                                     |
| f., ff.     | folgend(e)                                                                                      |
| Fußn.       | Fußnote                                                                                         |
| GBO         | Grundbuchordnung                                                                                |
| GruchBeitr. | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet<br>von J. A. Gruchot (Jahrgang, Seite) |
| h. M.       | herrschende Meinung                                                                             |
| HRR         | Höchststrichterliche Rechtsprechung<br>(Jahrgang, Nummer der Entscheidung)                      |
| i. S.       | im Sinne                                                                                        |
| JherJb.     | Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen<br>Rechts (Band, Seite)                   |
| JR          | Juristische Rundschau (Jahrgang, Seite)                                                         |
| JuS         | Juristische Schulung (Jahrgang, Seite)                                                          |

|           |                                                                                                                                 |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| JW        | Juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seite)                                                                                     |
| JZ        | Juristen-Zeitung (Jahrgang, Seite)                                                                                              |
| KGJ       | Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen |
| KO        | Konkursordnung                                                                                                                  |
| m.        | mit                                                                                                                             |
| MDR       | Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahrgang, Seite)                                                                             |
| Mot.      | Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Band, Seite)                                     |
| N.        | Note                                                                                                                            |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seite)                                                                                |
| Nr.       | Nummer                                                                                                                          |
| o.        | oben                                                                                                                            |
| OLG       | Oberlandesgericht                                                                                                               |
| OLGRspr.  | Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann                |
| Prot.     | Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Band, Seite)                         |
| Recht     | Das Recht (Jahrgang, Seite)                                                                                                     |
| RG        | Reichsgericht                                                                                                                   |
| RGBI      | Reichsgesetzblatt                                                                                                               |
| RGZ       | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)                                                                  |
| S.        | Seite                                                                                                                           |
| Tit.      | Titel                                                                                                                           |
| u.        | unten                                                                                                                           |
| VerglO    | Vergleichsordnung                                                                                                               |
| vgl.      | vergleiche                                                                                                                      |
| Vorbem.   | Vorbemerkungen                                                                                                                  |
| WarnRspr. | Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer (Jahrgang, Nummer der Entscheidung)                               |
| ZPO       | Zivilprozeßordnung                                                                                                              |
| z. T.     | zum Teil                                                                                                                        |
| ZVG       | Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung                                                                    |

## A. Einleitung

Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluß vom 21. Juni 1957<sup>1)</sup> die Frage erörtert, ob gegen eine Vormerkung ein Widerspruch eingetragen werden könne. Streitig war zwischen den Parteien, ob sich ein Widerspruch gegen den Bestand eines Auflassungsanspruchs und die Bewilligung einer Vormerkung richten könne<sup>2)</sup>. Trotzdem sprach der BGH allgemein aus, die Eintragung eines Widerspruchs sei insoweit zulässig, als die Eintragung der Vormerkung einen Rechtserwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ermögliche<sup>3)</sup>.

Dies sei einmal der Fall, wenn ein eingetragener Nichteigentümer das einem anderen gehörende Grundstück verkaufe und dem gutgläubigen Käufer die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewillige. Das Grundbuch gelte hier zugunsten des Käufers als richtig<sup>4)</sup>.

Als weiteres Beispiel für einen gutgläubigen Erwerb führt der BGH sodann den folgenden Fall an:

„Ist für einen wirksamen Auflassungsanspruch von einem Nichtberechtigten eine Vormerkung zugunsten eines Bösgläubigen bestellt worden, so kann die Vormerkung in der Person eines gutgläubigen Rechtsnachfolgers des Bösgläubigen wirksam werden“<sup>5)</sup>.

Ob es richtig ist, daß in diesen Fällen eine Vormerkung gutgläubig erworben werden kann, soll im folgenden untersucht werden.

---

1) BGHZ 25, 16 = JZ 1957, 627 mit Anm. Baur.

2) Vgl. BGHZ 25, 16, 24.

3) BGHZ 25, 16 (Leitsatz).

4) BGHZ 25, 16, 23.

5) BGHZ 25, 16, 23/24.

## **B. Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung bei Bewilligung durch den eingetragenen Nichtberechtigten**

Der erste Beispielfall des BGH:

Der eingetragene Nichteigentümer eines Grundstücks verkauft dieses an einen Gutgläubigen und bewilligt ihm zur Sicherung seines Anspruchs aus dem Kaufvertrag eine Vormerkung, die auch eingetragen wird.

### *I. Der Bestand des Anspruchs als Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs*

Aus der Fassung des § 883 Abs. 1 BGB „zur Sicherung des Anspruchs“ kann man entnehmen, daß die Vormerkung in gleichem Maße wie das Pfandrecht (§ 1204 Abs. 1 BGB) akzessorisch ist. Die Vormerkung wäre gegenstandslos, wenn der Anspruch, den sie sichern soll, nicht bestünde<sup>6)</sup>. Sein Bestehen ist also Voraussetzung auch für den Bestand der Vormerkung.

Da der Verkauf durch den Nichteigentümer nicht auf eine unmögliche Leistung (§ 306 BGB) gerichtet ist, steht dem Käufer ein Anspruch zu<sup>7)</sup>. Die Vormerkung wurde jedoch nicht von demjenigen bewilligt, dessen Eigentum von ihr betroffen wird. Der Käufer kann sie also nicht nach § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB erworben haben.

Möglich wäre jedoch ein Erwerb des Käufers nach den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs.

### *II. Erwerb nach § 892 BGB?*

In Frage kommt zunächst § 892 BGB. Diese Vorschrift setzt voraus, daß ein Recht an einem Grundstück erworben wird. Die Vormerkung kann nach § 883 BGB zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines solchen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden. Wäre sie selbst ein Recht an einem Grundstück, dann müßte sie auch zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Vormerkung möglich sein. Das ist jedoch nicht der Fall<sup>8)</sup>.

Die materiellen Voraussetzungen für die Entstehung der Vormerkung sind § 885 BGB zu entnehmen. Für Rechte an Grundstücken, nicht aber für die Vormerkung, ist § 873 BGB die maßgebliche Vorschrift<sup>9)</sup>. Rechte an Grundstücken im Sinne von § 892 BGB sind somit nur das Eigentum und die beschränkten

---

<sup>6)</sup> Reinicke, NJW 1964, 2373.

<sup>7)</sup> A. A. Philipsen, S. 68.

<sup>8)</sup> Vgl. Fuchs, Grundbuchrecht, § 883 N. 5; Strohal, Programm, S. 10 Anm. 9.

<sup>9)</sup> Eichler II 2, S. 404; Westermann, § 84 II 2, S. 408; Kempf, JuS 1961, 24; Medicus, AcP 163, 7; Rosenberg, § 885 Erl. I 2; Fuchs, Grundbuchrecht, § 883 N. 17; Philipsen, S. 19; a. A. Heck, § 47 III 3, S. 198; Sekler, S. 54, 129; Vervier, S. 84; Rheinen, S. 38; widersprüchlich Wieacker, Bodenrecht, § 19 II 2 a, S. 155 und § 19 II 2 c, S. 155/156.

dinglichen Rechte, die im vierten und den folgenden Abschnitten des dritten Buches, Sachenrecht, aufgeführt sind<sup>10)</sup>.

Die Vormerkung, geregelt im zweiten Abschnitt, Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken, ist kein solches Recht<sup>11)</sup>.

Auf den Erwerb der Vormerkung vom eingetragenen Nichtberechtigten ist § 892 BGB also nicht unmittelbar anzuwenden<sup>12)</sup>.

### III. Erwerb nach § 893 BGB

Eine weitere Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs bietet § 893, 2. Alt. BGB.

1. Gegen die Anwendung dieser Vorschrift wurde eingewandt, daß die durch den gesicherten Anspruch angestrebte Rechtsänderung durch die Eintragung der Vormerkung noch nicht eintrete, der Schuldner durch ihre Bewilligung also nicht über das zu übertragende Recht verfüge<sup>13)</sup>.

Es trifft zu, daß dieses Recht nur nach § 873 BGB übertragen werden kann. Allerdings sind nicht nur Übertragung, Aufhebung oder Belastung eines bestehenden Rechts, sondern auch seine inhaltliche Veränderung als Verfügungsgeschäft anzusehen<sup>14)</sup>.

Die Vormerkung bewirkt, daß Verfügungen, die den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden, dem Gläubiger gegenüber unwirksam sind. Der Schuldner nimmt sich also mit ihrer Bewilligung die Befugnis, Verfügungen wirksam gegenüber anderen als dem Gläubiger zu treffen. Indem er diese dingliche Gebundenheit<sup>15)</sup> des Grundstücksrechts herbeiführt, ver-

---

<sup>10)</sup> Vgl. Fuchs, Grundbegriffe, S. 17.

<sup>11)</sup> RGZ 120, 13, 15; 124, 200, 202; BGHZ 25, 16, 23; 28, 182, 185; Eichler II 2, S. 403; Staudinger-Seufert, § 883 Bem. 6; Reinicke, NJW 1964, 2373; Fuchs, Grundbuchrecht, § 883 N. 5; Rosenberg, § 883 Erl. V 2 d; Reichel, JherJb. 46, 143.

<sup>12)</sup> A. A. Fuchs, Grundbuchrecht, § 893 N. 2 bb  $\beta$ ; Sekler, S. 137 (anders jedoch S. 141); für entsprechende Anwendung — jedoch nicht nach der gesetzlichen Analogie des § 893 BGB — Heck, § 47 III 5 c, S. 200 und ihm folgend Schönfeld, JZ 1959, 140; Furtner, NJW 1963, 1485; vgl. auch Reinicke, NJW 1964, 2374; Kempf, JuS 1961, 24; Rheißen, S. 35—37 und 54 f.

<sup>13)</sup> v. Tuhr II 1, S. 255; Stintzing, Recht 1904, 323; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 192/193 (anders allerdings Biermann, Sachenrecht, §§ 892/893 Bem. 6 b  $\beta$ ); Philipsen, S. 68 f.; vgl. auch Güthe-Triebel, § 25 A. 14 (C II 1). Nach Reinicke, NJW 1964, 2374, ist es unerheblich, ob die Bewilligung der Vormerkung als Verfügung anzusehen ist. Nur die Interessenlage und die Interessenbewertung seien entscheidend.

<sup>14)</sup> So Raape, S. 182 und auch v. Tuhr II 1, S. 238 sowie Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 192.

<sup>15)</sup> RGZ 118, 230, 234; 121, 44, 46; BGHZ 28, 182, 185 f.

ändert er es in seinem Inhalt<sup>16)</sup>. Zwar wird das Recht noch nicht in seinem Bestande berührt, das Verhältnis des Berechtigten zu ihm ändert sich aber bereits, und in dieser unmittelbaren Einwirkung des Berechtigten auf das Grundstücksrecht ist das entscheidende Merkmal des Verfügungsgeschäfts zu sehen<sup>17)</sup>.

2. Weiterhin wurde gegen die Anwendbarkeit von § 893 BGB geltend gemacht, daß diese Vorschrift von einem Rechtsgeschäft „zwischen“ dem Eingetragenen und einem anderen spricht, was für die nur einseitige Bewilligung der Vormerkung nicht zutreffe<sup>18)</sup>.

a) Es erscheint zweifelhaft, ob diese Vorschrift nur zweiseitige Rechtsgeschäfte erfaßt. Bereits ihre Entstehungsgeschichte spricht dagegen. § 838 E I, der dem § 893 BGB entspricht, setzt voraus, daß der Eingetragene „ein die Änderung des eingetragenen Rechtes unmittelbar bezweckendes Rechtsgeschäft gegenüber einem Dritten vornimmt oder mit einem Dritten schließt“. Damit erklärte sich die zweite Kommission sachlich einverstanden und überwies einen Formulierungsantrag an die Redaktionskommission, nach dem die Vorschriften des § 837 E I entsprechende Anwendung finden sollten, wenn der Eingetragene „eine Willenserklärung zum Zwecke einer Rechtsänderung... abgibt oder eine solche ihm gegenüber abgegeben wird“<sup>19)</sup>. Diese beiden Möglichkeiten wurden dann in einer Formulierung zusammengefaßt als Rechtsgeschäfte „zwischen“ dem Eingetragenen und einem anderen. Ebenso wie in §§ 181 und 407 BGB gehören also auch einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte zu diesem Tatbestand<sup>20)</sup>. Gerade sie bilden die meisten Fälle, die § 893, 2. Alt. BGB erfaßt, etwa die Kündigung<sup>21)</sup>, die Aufgabe eines Rechts am Grundstück<sup>22)</sup>, die Erteilung einer Vollmacht zur Verfügung über das Recht<sup>23)</sup> und eben die Bewilligung einer Vormerkung<sup>24)</sup>.

b) Soll die Bewilligung der Voraussetzung des § 893 BGB genügen, dann muß sie dem Erwerber, nicht lediglich dem Grundbuchamt gegenüber erklärt wer-

---

<sup>16)</sup> Ungewitter, GruchBeitr. 48, 158; Strohal, Programm, S. 22 ff.; Raape, S. 111; Zunft, JW 1929, 2498; Reichel, JherJb. 46, 154; Planck-Strecker, § 883 Erl. 2 (a. E.); Wolff-Raiser, § 48 IV, S. 162; Rosenberg, § 883 Erl. V 5; Müller, S. 39/40; G. Weber, S. 34 f.

<sup>17)</sup> RGZ 90, 395, 399.

<sup>18)</sup> So Bendix, JW 1904, 602 Fußn. 6; vgl. auch Medicus, AcP 163, 4.

<sup>19)</sup> Prot. III, S. 86.

<sup>20)</sup> Vgl. Staudinger-Coing, § 181 Bem. 1 und 7.

<sup>21)</sup> BGHZ 1, 294, 304.

<sup>22)</sup> Vgl. bereits Prot. III, S. 87.

<sup>23)</sup> RGZ 90, 395, 400.

<sup>24)</sup> Biermann, Sachenrecht, §§ 892/893 Bem. 6 b  $\beta$ ; Müller, S. 35.

den<sup>25)</sup>. Als materiellrechtliche Voraussetzung der Vormerkung ist die Bewilligung allerdings formlos gültig<sup>26)</sup>. Auch wenn sie dem Grundbuchamt gegenüber erklärt wurde, genügt es daher, wenn sich die Parteien in irgendeiner Weise über ihre Entstehung verständigt haben, sei es auch erst nach ihrer Eintragung<sup>27)</sup>. Im Einzelfall kann auch das Grundbuchamt empfangsberechtigter Vertreter des Gläubigers sein<sup>28)</sup>.

Unter diesen Voraussetzungen ist also ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung auf Grund der Bewilligung des eingetragenen Nichtberechtigten nach § 893 BGB möglich<sup>29)</sup>.

---

<sup>25)</sup> Rosenberg, § 883 Erl. V 5 und § 893 Erl. II 1 c.

<sup>26)</sup> Rosenberg, § 885 Erl. I 2; Furtner, NJW 1963, 1485.

<sup>27)</sup> Strohal, Programm, S. 17.

<sup>28)</sup> Vgl. Prot. III, S. 87; Staudinger-Seufert, § 893 Bem. 6 (zum Verzicht).

<sup>29)</sup> Anders Canaris, S. 77: analoge Anwendung des § 893 BGB. Entsprechend angewandt wird jedoch § 892 BGB, nach gesetzlicher Analogie in § 893 BGB.

### **C. Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung bei Übertragung des gesicherten Anspruchs?**

Zu untersuchen ist nun, ob die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung auch im zweiten vom BGH angeführten Beispielfall besteht: Dem bösgläubigen Käufer eines Grundstücks ist zur Sicherung seines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums eine Vormerkung bestellt worden. Sie ist also nicht wirksam entstanden, soll aber, nach Ansicht von Westermann<sup>30)</sup>, Staudinger-Seufert<sup>31)</sup> und, ihnen folgend, des BGH<sup>32)</sup> in der Person eines gutgläubigen Einzelrechtsnachfolgers des Bösgläubigen wirksam werden. Die Vorschrift, nach der er hier die Vormerkung erwerben soll, wird nicht genannt. Furtner<sup>33)</sup> hat in einer später erschienenen Abhandlung § 892 BGB analog auf diesen Fall angewendet. Voraussetzung für die Analogie ist allerdings, daß eine Gesetzeslücke vorliegt<sup>34)</sup>.

#### *1. Feststellung einer Gesetzeslücke als Voraussetzung einer entsprechenden Anwendung des § 892 BGB*

Die Vormerkung ist erst bei den Beratungen der zweiten Kommission in das BGB aufgenommen worden. Dabei konnte sie nicht mehr vollständig in das vorhandene System eingeordnet werden<sup>35)</sup>. Auch die Frage des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung bei Übertragung des durch sie gesicherten Anspruchs ist nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt worden. Allein daraus kann jedoch noch nicht gefolgert werden, daß eine Gesetzeslücke vorliege<sup>36)</sup>.

---

<sup>30)</sup> Westermann, § 85 IV 4, S. 430.

<sup>31)</sup> Staudinger-Seufert, § 899 Bem. 8; anders allerdings § 883 Bem. 73 a unter f.

<sup>32)</sup> BGHZ 25, 16, 23/24; dem BGH sind gefolgt: Kempf, JuS 1961, 24; Eichler II 2, S. 413; Lent-Schwab, § 15 VII, S. 62; RGRK-Pritsch, § 883 Anm. 45; Weimar, MDR 1966, 34.

<sup>33)</sup> Furtner, NJW 1963, 1485; ebenso schon das Obergericht Kaunas, JW 1926, 2870 und ihm folgend Rheinen, S. 55; Ramdohr, GruchBeitr. 44, S. 352; Fuchs, Grundbuchrecht, § 883 N. 20 und § 892 N. 3; Othmer, S. 91; Heck, § 47 III 10, S. 201; Güthe-Triebel, § 25 A. 14 (C II 1); dagegen bereits: Strohal, Programm, S. 9 Anm. 7; Gierke, Sachenrecht, § 119 Anm. 152, S. 337; v. Tuhr I, S. 137, 207; Vervier, S. 99; Rosenberg, § 883 Erl. V 2 d i und § 892 Erl. I 1 a β; Biermann, Sachenrecht, §§ 892/893 Bem. 2 b; Wolff-Raiser, § 48 VII 1, S. 163 164; Planck-Strecker, § 883 Erl. 3 k; G. Weber, S. 38 f.; Müller, S. 52; Nußbaum, § 11 II, S. 44.

<sup>34)</sup> Vgl. Bartholomeyczik, S. 81.

<sup>35)</sup> Heck, § 47 III 1, S. 198.

<sup>36)</sup> So allerdings Reinicke, NJW 1964, 2373.

1. Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob ein Gesetz auf einen bestimmten Sachverhalt anwendbar ist, ist nicht die Wortinterpretation, sondern die sinndeutende Auslegung nach der rechtspolitischen Zwecksetzung des Gesetzes<sup>37)</sup>. Auszugehen ist somit von einer objektiven Bestimmung der „permanenten Aufgabe des Gesetzes als Rechtsregelung in der konkreten Entscheidung“<sup>38)</sup>. Allerdings hat die Auslegung auch als Sinndeutung des Gesetzes ihre Grenze im möglichen Wortsinn<sup>39)</sup>. Daß die Vormerkung kein Recht am Grundstück i. S. von § 892 BGB sein kann, wurde bereits festgestellt<sup>40)</sup>. Damit steht aber lediglich fest, daß diese Vorschrift nicht unmittelbar anwendbar ist, nicht auch, daß eine Lücke vorliegt.

2. Eine Gesetzeslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes<sup>41)</sup>. Dieses ist nur dann lückenhaft, wenn es eine Regel vermissen läßt, die nach dem Grundgedanken des Gesetzes und der ihm innewohnenden Teleologie erwartet werden muß<sup>42)</sup>.

Ebenso wie für die Sinndeutung des Gesetzes ist die immanente Zwecksetzung also auch maßgebend für die Feststellung, ob das Gesetz lückenhaft ist. Auf sie ist zurückzugehen bei dem Nachweis, daß ein vom Gesetz nicht erfaßter Fall einem gesetzlich geregelten rechtsähnlich ist. Der Ähnlichkeitsschluß entscheidet also, ob nach den Wertungen des Gesetzes der ungeregelte Fall gleich dem geregelten zu behandeln ist; die Analogie ist bereits Mittel der Lückenfeststellung, nicht nur der Lückenausfüllung<sup>43)</sup>.

Zu untersuchen ist also, ob der gesetzlich nicht geregelte Fall — Erwerb der Vormerkung bei Abtretung des durch sie scheinbar gesicherten Übereignungsanspruchs — den durch § 892 BGB geregelten Fällen rechtsähnlich ist.

## *II. Die tragenden Grundsätze des Gutgläubensschutzes in § 892 BGB*

Tragender Grundsatz<sup>44)</sup> des Gutgläubensschutzes in § 892 BGB ist einmal, daß der Gutgläubige ein Recht erwirbt, zum anderen, daß dieser Erwerb rechtsgeschäftlich ist.

Es kommt also zunächst darauf an zu bestimmen, welches die Rechtsnatur der Vormerkung ist, die den Übereignungsanspruch sichert; sodann, auf welche Weise sie bei der Übertragung dieses Anspruchs auf dessen Erwerber übergeht.

---

<sup>37)</sup> Bartholomeyczik, S. 40.

<sup>38)</sup> Bartholomeyczik, S. 46.

<sup>39)</sup> Canaris, S. 23; Engisch, S. 82 f., 149; Larenz, NJW 1965, 5.

<sup>40)</sup> s. o. S. 2/3.

<sup>41)</sup> Engisch, S. 138; Canaris, S. 16.

<sup>42)</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 282/283 und NJW 1965, 2.

<sup>43)</sup> Canaris, S. 72 f., 78; zustimmend Larenz, NJW 1965, 5; vgl. auch dort S. 2 und Larenz, Methodenlehre, S. 291.

<sup>44)</sup> Vgl. Bartholomeyczik, S. 84.

### III. Die Meinungen zur Rechtsnatur der Vormerkung

Die Rechtsnatur der Vormerkung ist umstritten.

1. Zum Teil sieht man in ihr lediglich einen Grundbuchvermerk<sup>45)</sup>. Durch die Vormerkung erhält jedoch der Gläubiger des Anspruchs eine so starke Stellung, daß auch Konkurs (§ 24 KO), Zwangsvergleich (§ 193 KO) oder die Beschränkung der Erbenhaftung (§ 884 BGB) die Verwirklichung des Anspruchs nicht vereiteln können. Eine solche Rechtsposition kann nicht die Wirkung einer lediglich formalen Eintragung sein<sup>46)</sup>. Dagegen spricht auch § 887 BGB: bei einem Ausschlußurteil nach § 887 BGB erlischt nur die Wirkung der Vormerkung, nicht auch der Anspruch. Das Recht, mit dem der Gläubiger ausgeschlossen wird, kann also nur dasjenige sein, das er durch die Eintragung der Vormerkung erworben hat<sup>47)</sup>. Dem entspricht es auch, daß bei einer unrechtmäßigen Löschung der Vormerkung nicht auch ihre Wirkungen erlöschen, sondern das Grundbuch unrichtig wird<sup>48)</sup>.

2. Der Vormerkung lediglich formale Bedeutung zuzuerkennen wäre nur dann möglich, wenn man annähme, daß durch ihre Eintragung der Anspruch verändert werde<sup>49)</sup> und die „abnorme Eigenschaft“<sup>50)</sup> erhalte, auch gegen andere als den Schuldner durchzudringen. Der Anspruch wäre dann durch die Eintragung der Vormerkung „verdinglicht“ worden<sup>51)</sup>.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Das Recht aus der Vormerkung tritt zu dem persönlichen Anspruch hinzu<sup>52)</sup>. Die Eintragung der Vormerkung läßt, ebenso wie

---

<sup>45)</sup> Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 184, Sachenrecht, § 883 Bem. 4 f; Rosenberg, § 883 Erl. V 4; Philipsen, S. 46, 50; ähnlich Tucholsky, S. 16.

<sup>46)</sup> Dagegen auch Eichler II 2, S. 401; Reichel, JherJb. 46, 139.

<sup>47)</sup> So schon Sekler, S. 125; G. Weber, S. 21; ungenau Vervier, S. 26: Gemeint sei das durch die Vormerkung gesicherte Recht; Fuchs, Grundbegriffe, S. 71: „Der vorgemerkte Anspruch ist . . . zweifellos ein Recht“; anderer Ansicht Müller, S. 30: „kein Recht, sondern nur eine Begünstigung“.

<sup>48)</sup> RGZ 132, 419, 423/424; Güthe, GruchBeitr. 57, 100; Fuchs, Grundbuchrecht, § 899 N. 2; Sekler, S. 260; G. Weber, S. 41; Heck, § 47 III 8, S. 200; Horber, § 53 Erl. 3 B a und § 71 Erl. 7 C a; Westermann, § 84 I 2 c, S. 405 u.; a. A. Rosenberg, § 883 Erl. IV 7 b a; Philipsen, S. 30.

<sup>49)</sup> Inkonsequent deshalb Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 178; Rosenberg, § 883 Erl. V 1, V 2 f; Philipsen, S. 46, 50, die dies verneinen.

<sup>50)</sup> So v. Tuhr I, S. 207; auch v. Tuhr II 1, S. 254/255.

<sup>51)</sup> So Fuchs, Grundbegriffe, S. 72, 83; Vervier, S. 41; neuerdings, jedoch einschränkend: Dulkeit, S. 25.

<sup>52)</sup> Planck-Strecker, § 883 Erl. 2.

ihre Löschung (etwa nach einem Ausschlußurteil, § 887 BGB), den Anspruch unverändert<sup>53)</sup>. Deshalb ist auch die Formulierung der Rechtsprechung bedenklich, nach der die Vormerkung dem durch sie geschützten schuldrechtlichen Anspruch in gewissem Umfange dingliche Wirkungen verleiht<sup>54)</sup>.

3. Auch die Bezeichnung der Vormerkung als *ius ad rem*<sup>55)</sup> oder *obligatio in rem scripta*<sup>56)</sup> verbietet sich aus diesem Grunde. Denn das Kennzeichnende dieser Institute ist, daß nach einer Verfügung des Schuldners zugunsten eines Dritten der Anspruch gegen diesen durchgesetzt werden kann<sup>57)</sup>. Auch nach dieser Verfügung richtet sich aber der Anspruch nur gegen den Schuldner<sup>58)</sup>. Die relative oder jedenfalls die besondere Unwirksamkeit anspruchswidriger Verfügungen nach § 883 Abs. 2 BGB bewirkt gerade, daß der Schuldner zur Erfüllung des Anspruchs in der Lage und verpflichtet bleibt<sup>59)</sup>. Der Anspruch aus § 888 BGB tritt aus formalen Gründen hinzu (vgl. § 19 GBO<sup>60)</sup>), jedenfalls nach der heute herrschenden Meinung.

Auch wenn man sagt, mit der Sicherung des Anspruchs durch die Vormerkung sei ein Zwischenzustand bei der Verwandlung des Anspruchs in das dingliche Recht<sup>61)</sup> erreicht, wird nicht mehr deutlich genug, daß die Vormerkung lediglich akzessorisch zum Anspruch tritt und daß auch nach ihrer Eintragung sich der Erwerb des Rechts am Grundstück wie beim ungesicherten Anspruch noch nach § 873 BGB vollziehen muß.

4. Auch diejenigen, die die Vormerkung akzessorisch neben dem Anspruch sehen, vertreten die verschiedensten Ansichten über ihre Rechtsnatur.

---

<sup>53)</sup> Enneccerus, S. 616; Reichel, JherJb. 46, 153; Rheinen, S. 55, 62; Güthe, GruchBeitr. 57, 71; G. Weber, S. 16; Staudinger-Seufert, § 883 Bem. 13; Lent-Schwab, § 15 VIII 1, S. 62.

<sup>54)</sup> RGZ 129, 184, 186; BGHZ 25, 16, 23; 28, 182, 185; ebenso Güthe-Triebel, § 25 A. 14 (C II 1); dagegen Reichel, JherJb. 46, 148; Kempf, JuS 1961, 23.

<sup>55)</sup> Gierke, Fahrnisbesitz, S. 21 Fußn. 50; Wieacker, Bodenrecht, § 19 IV 2, S. 158 und DRWiss. 1941, 59; Dulkeit, S. 26, 27; vgl. auch Palandt-Hoche, § 883 Anm. 2 a.

<sup>56)</sup> Oberneck, S. 449/450.

<sup>57)</sup> Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 177 und Sachenrecht, § 883 Bem. 4 b; Fuchs, GruchBeitr. 46, 561; Philipsen, S. 28; Enneccerus, S. 616; Sekler, S. 116, 119; Wolff-Raiser, § 48 Anm. 49, S. 164.

<sup>58)</sup> Westermann, § 84 IV 2, S. 412; Tucholsky, S. 14, 17; Lent-Schwab, § 15 VIII 2, S. 62.

<sup>59)</sup> v. Tuhr I, S. 206 N. 7 a; Westermann, § 84 IV 4 a, S. 414.

<sup>60)</sup> Fuchs, Grundbuchrecht, § 888 N. 1; Philipsen, S. 56; Müller, S. 31.

<sup>61)</sup> Dulkeit, S. 27; vgl. auch Eichler II 2, S. 401; Westermann, § 84 VII, S. 418 („Durchgangerscheinung“).

Man sah in ihr ein „qualifiziertes Veräußerungsverbot“<sup>62)</sup>. Dagegen spricht bereits, daß das Gesetz in § 888 BGB zunächst die Vormerkung, dann das Veräußerungsverbot erwähnt<sup>63)</sup>.

Ein weiterer Grund gegen die Gleichsetzung ist die unterschiedliche Wirkung in Zwangsvollstreckung und Konkurs: Ein Veräußerungsverbot hindert die Zwangsvollstreckung (§ 772 ZPO), die Vormerkung dagegen nicht. Das Veräußerungsverbot ist im Konkurs unwirksam, § 13 KO, während die Vormerkung auch hier nach § 24 KO die Durchsetzung des Anspruchs gewährleistet<sup>64)</sup>.

5. Rheinen hat versucht, die Vormerkung ebenso wie das Veräußerungsverbot dem Begriff der Verfügungsbeschränkung unterzuordnen<sup>65)</sup>.

Dagegen spricht die unterschiedliche Wirkung der Eintragung, die für die Vormerkung konstitutiv ist, für die Verfügungsbeschränkung jedoch nicht<sup>66)</sup>.

Deshalb kann die Vormerkung auch keine Verfügungsbeschränkung i. S. von § 878 BGB sein. Ist sie einmal eingetragen, dann wirkt sie gegenüber einer späteren Eintragung auch dann, wenn für diese — bei bindender Erklärung — der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt bereits gestellt worden war<sup>67)</sup>. Gegen Rheinen<sup>68)</sup> ist also zu sagen, daß die Vormerkung nicht etwa wegen ihrer negativen Wirkungen als Verfügungsbeschränkung zu behandeln ist. Vielmehr führen ihre positiven Wirkungen dazu, daß die Bewilligung einer Vormerkung selbst sich gegen Verfügungsbeschränkungen nach § 878 BGB durchzusetzen vermag<sup>69)</sup>.

6. Auch die Bezeichnung als negatives Herrschaftsrecht<sup>70)</sup> berücksichtigt nicht genügend die positiven Züge der Vormerkung (vgl. § 883 Abs. 3 BGB)<sup>71)</sup> und sagt nichts aus über den Inhalt der Rechtsstellung des Vorgemerkten<sup>72)</sup>. Gerade auf ihn kommt es aber für die Untersuchung an, ob eine Gleichbehandlung der Vormerkung mit den Rechten am Grundstück i. S. von § 892 BGB möglich ist.

---

<sup>62)</sup> KGJ 27, A 82, 85; Raape, S. 109.

<sup>63)</sup> Biemann, Widerspruch und Vormerkung, S. 182; Vervier, S. 35; Müller, S. 18.

<sup>64)</sup> Sekler, S. 115; Biemann, Widerspruch und Vormerkung, S. 182; Rosenberg, § 883 Erl. V 3 b β.

<sup>65)</sup> Rheinen, S. 19, 59; Reichel, JherJb. 46, 150; Hesse, DFG 1938, 88.

<sup>66)</sup> Vgl. Biemann, Widerspruch und Vormerkung, S. 182.

<sup>67)</sup> So schon Biemann, Widerspruch und Vormerkung, S. 183; Neumann, JW 1902, 457; Philippsen, S. 27; RGZ 113, 403, 408 f.

<sup>68)</sup> Rheinen, S. 22 f.; vgl. auch Reichel, JherJb. 46, 154.

<sup>69)</sup> Vgl. BGHZ 28, 182, 185 f.

<sup>70)</sup> Seckel, S. 250; Dölle, GruchBeitr. 68, 500; Wolff-Raiser, § 48 VII 2, S. 164.

<sup>71)</sup> Eichler II 2, S. 402.

<sup>72)</sup> Dulkeit, S. 26; vgl. ferner Fuchs, Grundbegriffe, S. 73.

7. Daß die Vormerkung selbst kein solches Recht ist, wurde bereits gezeigt<sup>73)</sup>. Durch ihre Eintragung entsteht aber auch nicht, wie Othmer<sup>74)</sup> annahm, das Recht am Grundstück, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist. Denn diese Rechtsänderung ist auch nach Eintragung der Vormerkung erst noch durch Einigung und Eintragung nach § 873 Abs. 1 BGB herbeizuführen<sup>75)</sup>.

8. Dieses Argument richtet sich auch gegen die Meinung von Fuchs, daß die Vormerkung bereits das bedingte Recht am Grundstück schaffe<sup>76)</sup>. Dafür, daß Liquidestellung des Anspruchs durch Anerkennung oder rechtskräftiges Urteil die Bedingung für die endgültige Entstehung des Rechts sei<sup>77)</sup>, ist kein Anhaltspunkt vorhanden<sup>78)</sup>. Die endgültige Eintragung wiederum wäre Rechtsbedingung<sup>79)</sup>, denn sie ist zusammen mit der Einigung überhaupt erst konstitutiv für Begründung oder Übergang des Rechts am Grundstück.

9. Deshalb kann man die Rechtsstellung des Vorgemerkten auch nicht als Anwartschaftsrecht<sup>80)</sup> bezeichnen. Denn vom Tatbestand, der zum Erwerb des Rechts am Grundstück gegeben sein muß, nimmt die Vormerkung nichts hinweg<sup>81)</sup>. Das Rechtsgeschäft, das zum Erwerb einer Anwartschaft führt, muß sich aber bereits auf den Erwerb des Vollrechts selbst beziehen<sup>82)</sup> und Teile dieses Tatbestandes müssen bereits verwirklicht sein<sup>83)</sup>. Die Vormerkung jedoch gewährleistet erst den Erwerb des Rechts am Grundstück, und mit diesem wird nicht ein teilweise verwirklichter Entstehungstatbestand vervollständigt, sondern das Recht aus der Vormerkung ausgeübt<sup>84)</sup>.

Abweichend von der h. M. ist Serick der Ansicht, daß entscheidend für das Vorliegen eines Anwartschaftsrechtes die Sicherung der Rechtsposition des

---

<sup>73)</sup> o. S. 2/3.

<sup>74)</sup> Othmer, S. 80.

<sup>75)</sup> Vgl. Sekler, S. 122; Müller, S. 12; G. Weber, S. 14.

<sup>76)</sup> Fuchs, Grundbegriffe, S. 79 und Grundbuchrecht, § 883 N. 7—9; ebenso Vervier, S. 55, 57; vgl. auch RG JW 1933, 1822, 1823; dagegen Hellwig, S. 253; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 175 und Sachenrecht, § 883 Bem. 4 a; Rosenberg, § 883 Erl. V 2 b.

<sup>77)</sup> So Fuchs, Grundbegriffe, S. 79.

<sup>78)</sup> Müller, S. 14.

<sup>79)</sup> Sekler, S. 121; Philipsen, S. 39; G. Weber, S. 15.

<sup>80)</sup> So: Crome, § 376, S. 176; Reichel, JherJb. 46, 152; Zitelmann, S. 305; vgl. auch RGZ 52, 40, 43; Vervier, S. 43; Wieacker, Bodenrecht, § 19 III 3 e, S. 158; Eichler II 2, S. 402.

<sup>81)</sup> v. Tuhr I, S. 190.

<sup>82)</sup> Vgl. Flume, AcP 161, 390.

<sup>83)</sup> BGHZ 27, 360, 368; Würdinger, S. 68; Westermann, § 5 III 3 a, S. 31; vgl. auch Raiser, S. 3 und Wolff-Raiser, § 2 II 3 c, S. 13; Georgiades, S. 98/99.

<sup>84)</sup> Vgl. Raiser, S. 11; Würdinger, S. 78 mit N. 1.

Erstanwärters sei<sup>85)</sup>). Jedoch behandelt Serick ausschließlich das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers<sup>86)</sup>), und auch er ist der Meinung, daß das Anwartschaftsrecht eine Vorstufe des Vollrechts sei<sup>87)</sup>).

Durch die Vormerkung dagegen ist die Einräumung eines weiteren, von ihr verschiedenen Rechts gewährleistet.

#### *IV. Die Vormerkung zur Sicherung eines Übereignungsanspruchs als dingliche Erwerbsberechtigung*

Die Schwierigkeiten bei der Einordnung der Vormerkung in das System des Sachenrechts haben dazu geführt, daß die h. M. sich mit der Aussage begnügt, die Vormerkung sei ein eigenartiges Sicherungsmittel, das unter keinen anderen Rechtsbegriff zu bringen ist<sup>88)</sup>).

Um die hier gestellte Frage zu beantworten, soll jedoch die Vormerkung zur Sicherung eines Übereignungsanspruchs einem Begriff untergeordnet werden, der besser die Feststellung ermöglicht, ob sie für die Anwendung des § 892 BGB den Rechten am Grundstück i. S. dieser Vorschrift gleichgestellt werden kann.

1. Zunächst ist davon auszugehen, daß die Vormerkung, wie gezeigt wurde<sup>89)</sup>), dem Gläubiger des Anspruchs ein Recht gewährt<sup>90)</sup>).

2. Daß dieses Recht auch ein dingliches sei, wird bestritten.

a) Westermann<sup>91)</sup> etwa verweist auf die Abhängigkeit der Vormerkung vom Fortbestand des schuldrechtlichen Anspruchs und folgert, damit fehle der Vormerkung die dem dinglichen Recht arteigene Abstraktion.

Kausales Rechtsgeschäft, von dem das dingliche Recht im Entstehen, im Fortbestand und im Untergang unabhängig (abstrakt) sein muß<sup>92)</sup>, kann bei der

---

<sup>85)</sup> Serick, § 11 II 1, S. 253/254.

<sup>86)</sup> Vgl. Serick, § 11 I 1, S. 241 f.

<sup>87)</sup> Serick, § 4 I 2, S. 54, § 11 I 2, S. 245.

<sup>88)</sup> So Güthe-Triebel, § 25 A. 14 (C II 1); Müller, S. 28/29; Westermann, § 84 VII, S. 418 und bei Erman, § 883 Bem. 2; Baur, § 20 VI 1, S. 168; Furtner, NJW 1963, 1484; Staudinger-Seufert, § 883 Bem. 39; Palandt-Hoche, § 883 Anm. 2 a; RGRK-Pritsch, § 883 Anm. 37.

<sup>89)</sup> Vgl. o. S. 8.

<sup>90)</sup> So: Sekler, S. 124 f.; Neumann, JW 1902, 455; G. Weber, S. 20 f.; Cosack, 6. Aufl., § 177 IV, S. 25; Strohal, JherJb. 57, 365; Hellwig, S. 254/255; Heck, § 47 IV 3, S. 203; Eichler II 2, S. 401.

<sup>91)</sup> Westermann, § 84 V 1, S. 415.

<sup>92)</sup> Vgl. Serick, § 11 I 2, S. 246.

Vormerkung jedoch nicht etwa der schuldrechtliche Anspruch sein, den sie sichert. Kausales Rechtsgeschäft in diesem Sinne ist vielmehr — ebenso wie bei der Hypothek — die Sicherungsabrede, durch die sich der Schuldner des Anspruchs zur Bewilligung der Vormerkung verpflichtet; auf sie hätte sonst nämlich der Gläubiger keinen Anspruch<sup>93)</sup>.

Eine andere Bedeutung hat es, daß der Bestand der Vormerkung abhängig ist vom Bestehen des gesicherten Anspruchs. Diese Akzessorietät<sup>94)</sup> kann ebenso wenig wie bei der Sicherungshypothek<sup>95)</sup> oder dem Pfandrecht die Dinglichkeit des Sicherungsrechts in Frage stellen.

b) Es spricht auch nicht gegen die Dinglichkeit, daß der Anspruch den Umfang der Sicherung durch die Vormerkung bestimmt: Auch bei Nießbrauch<sup>96)</sup>, Erbbaurecht (§ 2 ErbbVO) und Dienstbarkeiten<sup>97)</sup> legen schuldrechtliche Vereinbarungen den Inhalt des dinglichen Rechts fest.

c) Die Bezeichnung der Vormerkung als dingliches Recht verstieße auch nicht gegen den Grundsatz, daß die Zahl der dinglichen Rechte geschlossen ist<sup>98)</sup>. Der Sinn dieses „*numerus clausus*“ ist es, die Parteiautonomie auf diesem Gebiet durch den Typenzwang auszuschließen<sup>99)</sup>. Nur die gesetzlich festgelegten dinglichen Rechte soll es geben<sup>100)</sup>. Das Gesetz gewährt auch die Vormerkung.

Allerdings ist sie nicht als „Recht an einem Grundstück“ ausgestaltet, und weil man die Begriffe dingliches Recht und Recht an einem Grundstück als identisch

---

<sup>93)</sup> Vgl. Strohal, Programm, S. 40/41; Sekler, S. 55; Philipsen, S. 20; Rosenberg, § 883 Erl. III 1 g und § 885 Erl. III 5 a; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 144; Heck, § 47 III 4, S. 199; Eichler II 2, S. 404; Westermann, § 84 II 2, S. 408 und vor allem Reinicke, NJW 1964, 2381 f.; a. A. Wolff-Raiser, § 48 II m. Anm. 14, S. 158; Staudinger-Seufert, § 885 Bem. 4 m. Anm. Die Argumentation von Staudinger-Seufert a. a. O. überzeugt nicht: § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB erspart es dem Gläubiger nur, die Gefährdung glaubhaft zu machen, nicht aber auch Tatsachen vorzubringen, die eine Gefährdung als möglich erscheinen lassen, vgl. Medicus AcP 163, 17 f. zu § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB.

<sup>94)</sup> Vgl. Baur, § 20 I 3, S. 160.

<sup>95)</sup> Fuchs, Grundbegriffe, S. 72; Kempf, JuS 1961, 23/24.

<sup>96)</sup> Vgl. Wolff-Raiser, § 117 III 2, S. 473.

<sup>97)</sup> Vgl. Dulkeit, S. 39; Wieacker, DRWiss. 1941, 60.

<sup>98)</sup> So allerdings Güthe-Triebel, § 25 A. 14 (C II 1); Müller, S. 13.

<sup>99)</sup> Raiser, S. 55.

<sup>100)</sup> Vgl. v. Tuhr I, S. 137; Wieacker, Bodenrecht, § 12 III 1 a, S. 111; Eichler I, S. 54.

betrachtet<sup>101)</sup>, folgert man daraus auch zum Teil, daß die Vormerkung kein dingliches Recht sei<sup>102)</sup>.

Als die Vormerkung in das BGB eingefügt wurde, war jedoch der Begriff des Rechts am Grundstück als einer Belastung bereits festgelegt. Über die Rechtsnatur der Vormerkung dagegen erzielte man keine Einigung<sup>103)</sup>.

d) Die Einordnung unter die Grundstücksrechte läßt also einen Schluß nur darauf zu, was bei der Abfassung des BGB als dingliches Recht gedacht war. Sie ergibt aber nicht, was vom Begriff her als dingliches Recht anzusehen ist<sup>104)</sup>. Auszugehen ist also vom Begriff der Dinglichkeit.

Ihr Kennzeichen ist die unmittelbare Sachherrschaft<sup>105)</sup> des Berechtigten<sup>106)</sup>.

Daß die Vormerkung eine solche unmittelbare Beziehung zur Sache herstelle, wird bestritten<sup>107)</sup>. Dies wäre zutreffend, wenn der dinglich Berechtigte die Befugnis zu körperlicher Einwirkung auf die Sache haben müßte. Auch Reallast oder dingliches Vorkaufsrecht gewähren sie indes nicht<sup>108)</sup>. Unmittelbarkeit der Sachbeziehung bedeutet demnach nicht eine besondere „Sachnähe“, sondern eine gedankliche Unterwerfung der Sache unter die Herrschaft des Berechtigten<sup>109)</sup>. Das dingliche Recht ergreift die Sache unmittelbar<sup>110)</sup>, ohne daß es auf eine Beziehung des Berechtigten zu einer anderen Person und auf die Zugehörigkeit der Sache zu ihrem Vermögen ankommt<sup>111)</sup>.

---

<sup>101)</sup> Vgl. Planck-Strecker, Vorbem. II 1, S. 8.

<sup>102)</sup> Vgl. etwa BGHZ 25, 16, 23: „kein dingliches Recht am Grundstück“; ebenso Eichler II 2, S. 403; Canaris, S. 76; Philipsen, S. 24.

<sup>103)</sup> Vgl. Prot. III, S. 745.

<sup>104)</sup> Mitteis, S. 47; vgl. zu dieser Divergenz von gesetzlicher Ausgestaltung und begrifflicher Einordnung auch Philipsen, S. 34; Fuchs, Grundbegriffe, S. 11/12; Rheinen, S. 9.

<sup>105)</sup> Mot. III, S. 2; Planck-Strecker, Vorbem. II 3, S. 10; Staudinger-Seufert, Einl. Bem. 2; Wolff-Raiser, § 2 I m. Anm. 1, S. 8; Westermann, § 1 II 3 b, S. 6; Eichler I, S. 2; Dulkeit, S. 7; Larenz, Methodenlehre, S. 352.

<sup>106)</sup> Die Vormerkung zur Sicherung eines Ubereignungsanspruchs soll hier repräsentativ für alle Vormerkungen behandelt werden, bei denen es Möglichkeiten gutgläubigen Erwerbes gibt.

<sup>107)</sup> Vgl. Enneccerus, S. 601, 616; Raape, S. 109; Raiser, S. 61; U. Weber, S. 88.

<sup>108)</sup> Planck-Strecker, Vorbem. II 3, S. 10; vgl. auch Fuchs, Grundbegriffe, S. 18; Staub, ArchBürgR. 5, 19.

<sup>109)</sup> Staudinger-Seufert, Einl. Bem. 2.

<sup>110)</sup> Planck-Strecker, Vorbem. II 3, S. 10; Rosenberg, Einl. Erl. II 1.

<sup>111)</sup> Westermann, § 2 I 2, S. 7.

Entscheidend ist also, daß eine Änderung der dinglichen Rechtslage zum Nachteil des Berechtigten gegen seinen Willen nicht mehr möglich ist<sup>112)</sup>, daß er innerhalb der Grenzen seines Rechts<sup>113)</sup> das Schicksal der Sache bestimmt<sup>114)</sup>. Zum Begriff der Dinglichkeit gehört sodann die Sicherung der Sachherrschaft durch die Ausschließungsbefugnis gegenüber Dritten<sup>115)</sup>. Soweit das dingliche Recht die Sache dem Willen des Berechtigten unterwirft, schließt es jede Einwirkung anderer auf die Sache aus<sup>116)</sup>. Ob die Vormerkung diese Merkmale der Dinglichkeit aufweist, ist also festzustellen.

aa) Die Eintragung einer Vormerkung bewirkt, daß die Durchsetzung des gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs nicht mehr vereitelt werden kann. Ein Konkurs des Schuldners kann die Durchsetzbarkeit des Anspruchs nicht mindern; der Konkursverwalter ist verpflichtet wie vorher der Schuldner, § 24 KO. Vergleich (§ 82 VerglO) und Zwangsvergleich (§ 193 KO) berühren nicht das Recht des Gläubigers. In der Zwangsversteigerung wird der Anspruch so berücksichtigt, als sei das Recht, auf dessen Erwerb er sich richtet, bereits eingetragen, § 48 ZVG.

Die Verpflichtung des Erblassers trifft ohne die Möglichkeit einer Beschränkung auch den Erben, § 884 BGB (vgl. auch § 2016 BGB). Das Aufgebotsverfahren betrifft den Gläubiger nach § 1971 BGB nicht (vgl. auch § 1974 Abs. 3 BGB).

§ 439 Abs. 2 BGB stellt die Vormerkung den Rechten gleich, auf deren Bestellung sich der gesicherte Anspruch richtet. Auch das Ablösungsrecht des § 268 BGB steht nach h. M. dem Vormerkten zu<sup>117)</sup>.

Jeder, zu dessen Gunsten eine Verfügung getroffen wird, die die Verwirklichung des Anspruchs beeinträchtigen würde, muß zur Erfüllung des Anspruchs mitwirken. Denn die Verfügung ist dem Gläubiger gegenüber unwirksam, §§ 883, 888 BGB. Auf der anderen Seite hat er es in der Hand, diese Verfügung durch seine Zustimmung wirksam werden zu lassen<sup>118)</sup>.

---

<sup>112)</sup> Vgl. Planck-Strecker, Vorbem. II 3, S. 10.

<sup>113)</sup> v. Tuhr I, S. 133; Rosenberg, Einl. Erl. II 1; Eichler I, S. 6.

<sup>114)</sup> So Staub, ArchBürgR. 5, 13, 53; vgl. auch Fuchs, Grundbegriffe, S. 18.

<sup>115)</sup> Wolff-Raiser, § 2 Anm. 1, S. 8; Eichler I, S. 6.

<sup>116)</sup> Mot. III, S. 2.

<sup>117)</sup> OLG Kiel HRR 1934, 1663; Enneccerus-Lehmann, § 22 III, S. 100; Palandt-Danckelmann, § 268 Anm. 1; Siebert-Reimer Schmidt, § 268 Bem. 2; Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 201; Sekler, S. 131; Philipsen, S. 62; Rosenberg, § 883 Erl. V 6 b; a. A. Reichel, JherJb. 46, 142; Staudinger-Werner, § 268 Bem. 1 b.

<sup>118)</sup> RGZ 154, 355, 367 f.; Sekler, S. 174; Philipsen, S. 57; Reichel, JherJb. 46, 111; Rosenberg, § 883 Erl. IV 1 g; Siebert-Baur, § 883 Bem. 24; Wolff-Raiser, § 48 III 1, S. 159/160.

Nach Eintragung der Vormerkung hängt es also nur noch vom Willen des aus ihr Berechtigten ab, ob der Anspruch, zu dessen Sicherung sie besteht, auch verwirklicht wird. Insoweit beherrscht er die Sache und kann jeden anderen von einer Einwirkung auf die dingliche Rechtslage ausschließen. Damit sind die Merkmale der Dinglichkeit vorhanden.

bb) Gegen die Dinglichkeit der Vormerkung spricht auch nicht, daß der Schuldner auch nach ihrer Eintragung nur auf Grund des schuldrechtlichen Anspruchs verpflichtet ist<sup>119)</sup>. Denn die Vormerkung verhindert ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung<sup>120)</sup> und wirkt insofern auch auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ein. Sie gewährleistet somit nach allen Seiten<sup>121)</sup> die Erfüllbarkeit des Anspruchs, so wie sie bei Eintragung der Vormerkung bestand<sup>122)</sup>.

Ist also zur Sicherung eines Übereignungsanspruchs eine Vormerkung eingetragen, dann äußert sich die Dinglichkeit der Vormerkung wie beim Vorkaufsrecht<sup>123)</sup> darin, daß der Erwerb für den Gläubiger des Anspruchs gegen jedermann gesichert ist.

cc) Auf dieser Grundlage beruht auch die Entscheidung des folgenden Falles in Rechtsprechung und Literatur: Ein eingetragener Nichtberechtigter hat einem Gutgläubigen eine Vormerkung zur Sicherung seines Übereignungsanspruchs bewilligt. Nach Eintragung der Vormerkung erfährt der Käufer, daß ein Dritter der Eigentümer des Grundstücks ist. Hier könnte man annehmen, daß ein Erwerb des Eigentums nicht mehr möglich sei, denn bei der Einigung darüber (§ 873 BGB) ist der Käufer nicht mehr gutgläubig<sup>124)</sup>.

Ebenso könnte man annehmen, daß der Käufer seinen Anspruch dann nicht mehr durchsetzen könne, wenn nach Eintragung der Vormerkung das Grundbuch berichtigt und der Berechtigte als Eigentümer eingetragen wird. Diese Berichtigung stellt keine Verfügung dar (§ 883 Abs. 2 BGB); der Eigentümer hat auch kein Recht erworben (§ 888 Abs. 1 BGB); es wurde nur im Grundbuch verlautbart, daß ihm das Recht schon immer zustand.

---

<sup>119)</sup> Darauf weisen Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 215 und Westermann, § 84 IV 2, S. 412 hin.

<sup>120)</sup> Seckel, S. 250; Strohal, Programm, S. 6; Reichel, JherJb. 46, 159; Dölle, GruchBeitr. 68, 500; Rheinen, S. 62.

<sup>121)</sup> So Rosenberg, § 883 Erl. I 3.

<sup>122)</sup> Wolff-Raiser, § 48 III, S. 159; Rosenberg, § 883 Erl. IV 1; Westermann, § 84 II 1 e, S. 407/408 und § 84 VII, S. 418.

<sup>123)</sup> Vgl. dazu Planck-Strecker, Vorbem. II 3, S. 10.

<sup>124)</sup> So Elsaß, JW 1928, 499; Seegebarth, JW 1928, 499; Caro, JR 1928, 122 f.; gegen sie Drabik, S. 7 ff.

Trotzdem kann nach heute einhelliger Meinung<sup>125)</sup> auch in diesem Fall der Rechtserwerb des Vorgemerkten nicht mehr verhindert werden. Der gute Glaube beim Erwerb der Vormerkung — so das RG<sup>126)</sup> — bleibt maßgebend für den Erwerb des dinglichen Rechts, auf dessen Herbeiführung der schuldrechtliche Anspruch gerichtet ist, da das Gesetz die Vollendung des Rechtserwerbs unmittelbar an die Vormerkung anknüpft<sup>127)</sup>. Der Eigentümer muß entsprechend § 888 Abs. 1 BGB<sup>128)</sup> seine Zustimmung zur Eintragung des Käufers geben.

Mit dieser Entscheidung hat man anerkannt<sup>129)</sup>, daß die Vormerkung das von ihr betroffene Recht unmittelbar ergreift<sup>130)</sup>, ohne Rücksicht darauf, wer der Inhaber des Rechts ist. Diese Eigenschaft ist das Kennzeichen der Dinglichkeit. Die Vormerkung sichert also den Eigentumserwerb des Käufers nicht nur gegen Verfügungen des Schuldners zugunsten Dritter, sondern auch gegen jedes andere Ereignis, das die Verwirklichung des Anspruchs vereiteln könnte<sup>131)</sup>. Man kann sie daher als dingliche Erwerbsberechtigung<sup>132)</sup> oder dingliches Erwerbsrecht bezeichnen.

3. Die Vormerkung ist also unter denselben Oberbegriff zu stellen, dem auch das dingliche Vorkaufsrecht<sup>133)</sup> untergeordnet wird.

---

<sup>125)</sup> BGHZ 28, 182, 187; Strohal, Programm, S. 33; Rosenberg, § 883 Erl. IV 1 a und V 5, § 888 Erl. II 1; Hoche, JW 1927, 1817; Planck-Strecker, § 883 Erl. 3 k, S. 227; Staudinger-Seufert, § 883 Bem. 56; Wolff-Raiser, § 48 IV, S. 162; Baur, § 20 VI 2 c, S. 169; Furtner, NJW 1963, 1485; Medicus, AcP 163, 6; Reinicke, NJW 1964, 2375; Lutter, AcP 164, 179 Fn. 213; eingehend hierzu Drabik, S. 7 ff.

<sup>126)</sup> RGZ 121, 44, 46.

<sup>127)</sup> RGZ 121, 44, 46/47.

<sup>128)</sup> So vor allem Drabik, S. 7 ff.; weiter Wolff-Raiser, § 48 IV, S. 162; Müller, S. 50; Westermann, § 85 IV 3, S. 430; Baur, § 20 VI 2 c, S. 169.

<sup>129)</sup> Folglich begründet Asch, JR 1927 Band I, 115, die Ablehnung der Analogie damit, daß dadurch die Vormerkung zu einem dinglichen Rechte würde. In diesem Sinne auch Caro, JR 1928, 117.

<sup>130)</sup> So auch U. Weber, S. 156, obgleich er die Dinglichkeit der Vormerkung bestreitet.

<sup>131)</sup> Vgl. Rosenberg, § 883 Erl. IV 1; Müller, S. 51; Medicus, AcP 163, 6.

<sup>132)</sup> So zuerst Enneccerus, S. 601; weiterhin Enneccerus-Nipperdey, § 79 A II 5, S. 461; Enneccerus-Lehmann, § 1 II 1 c, S. 3; vgl. auch G. Weber, S. 17; Wieacker, Bodenrecht, § 19 IV 2, S. 158; abweichend z. T. Eichler I, S. 51; Westermann, § 84 I 1 b, S. 404: Vormerkung als Ersatz für dingliche Erwerbsrechte.

<sup>133)</sup> Vgl. dazu Rosenberg, Einl. Erl. II 3 a; Planck-Strecker, Vorbem. II 5, S. 12; Westermann, § 5 II 2, S. 31.

Zwar wird das dingliche Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht durch einseitiges Handeln des Berechtigten<sup>134)</sup> ausgeübt. Doch dies führt erst die Verpflichtung des Schuldners herbei, die in dem durch Vormerkung gesicherten Anspruch bereits besteht. In beiden Fällen ist beim dinglichen Vollzugsgeschäft auch die Mitwirkung des Schuldners erforderlich.

Daß das dingliche Vorkaufsrecht gegenüber Dritten die Wirkung einer Vormerkung hat (§ 1098 Abs. 2 BGB), spricht nicht gegen seine Ausgestaltung als dingliches Recht am Grundstück<sup>135)</sup>. Denn erst dadurch wird das Vorkaufsrecht überhaupt gegen Dritte durchsetzbar und damit zum dinglichen Recht<sup>136)</sup>. Auf der anderen Seite läßt sich gegen den Vergleich der Vormerkung mit dem dinglichen Vorkaufsrecht auch nicht einwenden, beide Rechtsinstitute seien nur in den Wirkungen gleich, im Wesen jedoch verschieden<sup>137)</sup>. Denn gerade die Wirkungen eines Rechts gegenüber Dritten entscheiden über seine Dinglichkeit.

4. Die Übereinstimmung mit dem dinglichen Vorkaufsrecht in der Wirkung spricht dafür, die Vormerkung wie ein Recht am Grundstück zu behandeln. Auch ein Vergleich mit der Hypothek, einem allerdings ganz anders gearteten akzessorischen Sicherungsrecht, führt zu diesem Ergebnis:

Die Hypothek sichert eine Forderung dadurch, daß sie dem Gläubiger ein dingliches Verwertungsrecht<sup>138)</sup> gewährt. Läßt sich der schuldrechtliche Anspruch nicht verwirklichen, dann hat der Gläubiger den Zugriff auf das belastete Grundstück. Dabei muß die Verwertung der Sicherung nicht unbedingt den geschuldeten Betrag erbringen. Die Vormerkung dagegen, als dingliches Erwerbsrecht neben dem Anspruch, gewährt dem Gläubiger die Sicherheit, daß die Erfüllung seines Anspruchs in dem Umfang, wie er bei Eintragung der Vormerkung bestand, nicht mehr vereitelt werden kann.

Es ist daher gerechtfertigt, § 892 BGB, insoweit, als er für Rechte an Grundstücken gilt, auf die Vormerkung entsprechend anzuwenden.

---

<sup>134)</sup> v. Tuhr I, S. 161/162.

<sup>135)</sup> So jedoch RGZ 72, 385, 390; 110, 327, 333; anders allerdings RGZ 167, 298, 300; vgl. auch die Einwände bei Reichel, JherJb. 46, 92, 144; Vervier, S. 30.

<sup>136)</sup> Vgl. Hellwig, S. 255; dagegen die rein terminologische Unterscheidung bei v. Tuhr I, S. 136/137 m. Note 15; v. Tuhr II 1, S. 255 Note 119; Eichler II 2, S. 415 (abweichend z. T. Eichler I, S. 51); Hinweise auf das dingliche Vorkaufsrecht schon bei Fuchs, Wesen der Dinglichkeit, S. 124 ff. und Grundbegriffe, S. 73; Strohal, Programm, S. 27; Drabik, S. 12 ff.; Kempf, JuS 1961, 24.

<sup>137)</sup> So Bendix, JW 1904, 601/602 Fußn. 6; Müller, S. 42.

<sup>138)</sup> Planck-Strecker, Vorbem. II 5, S. 12; Rosenberg, Einl. Erl. II 3 a.

## V. Der Übergang der Vormerkung bei Übertragung des Anspruchs

Zweite Voraussetzung für den Schutz nach § 892 BGB ist, daß der Gutgläubige das Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt. Denn nur bei rechtsgeschäftlichem Erwerb kann sich der Verkehrsschutzgedanke auswirken, auf dem diese Vorschrift beruht<sup>139)</sup>.

Beschränkung des Gutglaubensschutzes auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr ist also tragender Grundsatz der rechtspolitischen Zwecksetzung dieser Vorschrift und damit auch Voraussetzung ihrer entsprechenden Anwendung<sup>140)</sup>.

Für den Erwerb der Vormerkung bei Übertragung des durch sie gesicherten Anspruchs enthält das BGB keine besondere Vorschrift.

1. § 401 Abs. 1 BGB regelt allerdings den Übergang der anderen akzessorischen Sicherungsrechte. Im Entwurf hatte diese Vorschrift nur von „Nebenrechten“ der Forderung gesprochen (§ 297 E I). Die Aufzählung der wichtigsten Nebenrechte wurde bei den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung lediglich gewählt, damit das Gesetz an Verständlichkeit gewinne. Bereits damals wurde betont, daß damit die Anwendung der Bestimmung auf andere Nebenrechte im Wege der Analogie nicht ausgeschlossen sei<sup>141)</sup>. So ist nach allgemeiner Meinung<sup>142)</sup> § 401 Abs. 1 BGB auch auf den Übergang der Vormerkung anzuwenden.

Beim Übergang nach § 401 BGB handelt es sich um einen Erwerb kraft Gesetzes. Der Gutglaubensschutz nach § 892 BGB wäre damit ausgeschlossen, da er rechtsgeschäftlichen Erwerb voraussetzt.

2. Gleiches müßte dann jedoch auch für die Hypothek gelten, die in § 401 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannt ist. Doch nach dem Willen des Gesetzes ist § 892 BGB auch auf die Hypothek anzuwenden. Wenn § 1138 BGB bestimmt, daß § 892 für die Hypothek „auch“ in Ansehung der Forderung gilt, dann ist damit die Geltung dieser Vorschrift für die Hypothek selbst bereits vorausgesetzt<sup>143)</sup>.

---

<sup>139)</sup> Westermann, § 85 III 1, S. 427; Eichler I, S. 125; Heck, § 43 I 2, S. 173; vgl. auch Hübner, S. 41 zum Mobiliarsachenrecht.

<sup>140)</sup> Vgl. Bartholomeyczik, S. 84.

<sup>141)</sup> Prot. I, S. 386; vgl. für die Vormerkung auch Prot. III, S. 751, II.

<sup>142)</sup> RGZ 83, 434, 438/439; BGHZ 25, 16, 23; Güthe, GruchBeitr. 57, 68; Zunft, JW 1929, 2498; Heck, § 47 III 9, S. 201; Westermann, § 84 V 1, S. 415; Eichler II 2, S. 403; Wolff-Raiser, § 48 V, S. 162; Siebert-Baur, § 883 Bem. 32; Staudinger-Seufert, § 883 Bem. 70; Kempf, JuS 1961, 24 m. Anm. 15; Furtner, NJW 1963, 1484 Fußn. 1; Medicus, AcP 163, 8 f.; Reinicke, NJW 1964, 2376; a. A. Fuchs, Grundbuchrecht, § 883 N. 18: entsprechende Anwendung des § 1250 BGB.

<sup>143)</sup> Vgl. Reinicke, NJW 1964, 2376.

Es bleibt der Widerspruch dazu, daß die Hypothek als akzessorisches Sicherungsrecht in den gesetzlichen Erwerbstatbestand des § 401 Abs. 1 BGB mit-einbezogen ist.

Daß dieser Gegensatz dem Gesetzgeber unbewußt geblieben sei, ist undenkbar: Beim Pfandrecht wird der Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs damit begründet, daß das Pfandrecht akzessorischer Natur sei und deshalb der Veräußerungsakt sich nur auf die Forderung beziehe<sup>144)</sup>.

Auch für die Hypothek müßte dann, ginge sie in gleicher Weise auf den Erwerber der Forderung über, ein gutgläubiger Erwerb allein wegen ihrer akzessorischen Natur ausgeschlossen sein.

a) Zur Lösung dieses Widerspruchs haben Mayer, Medicus und Reinicke<sup>145)</sup> auf § 1154 BGB hingewiesen.

Reinicke folgert aus dieser Vorschrift, der Gesetzgeber habe den gesetzlichen Erwerb der Hypothek, was den Erwerb kraft guten Glaubens angehe, wie einen rechtsgeschäftlichen Erwerb behandelt<sup>146)</sup>.

Die Frage ist, ob nicht nach dem Willen des Gesetzgebers, so wie er im Gesetz seinen Ausdruck gefunden hat<sup>147)</sup>, der Erwerb der Hypothek ein rechtsgeschäftlicher Erwerb ist.

In den Motiven findet sich der Hinweis<sup>148)</sup>, ohne die Regelung in § 1154 BGB könnte der Hypothekenübergang so aufgefaßt werden, daß die Forderung nach Forderungsrecht übertragen werde, die Hypothek dagegen, sofern ihre Übertragung auf Rechtsgeschäft beruhte, nach § 873 BGB (§ 828 E I). Es bestünde dann der Gegensatz, daß die Übertragung der Forderung zugleich auch den Übergang des Nebenrechtes bewirkte, die Hypothek nach § 873 BGB dagegen nur durch Einigung und Eintragung übertragen werden könnte.

Diese Überlegung ist in sich widersprüchlich. Unterstellt man, daß die Hypothek rechtsgeschäftlich übertragen wird, dann ist der Hinweis auf § 401 BGB verfehlt, da diese Vorschrift voraussetzt, daß das Rechtsgeschäft sich nur auf das Hauptrecht, die Forderung, bezieht. Ginge dagegen die Hypothek tatsächlich kraft Gesetzes bei Abtretung der Forderung mit über, dann schiede für sie eine Anwendung von § 873 BGB aus. Denn § 873 BGB setzt voraus, daß das Recht am Grundstück selbst übertragen wird und nicht nur kraft Gesetzes einer Forderung, die abgetreten wird, folgt. Da mit der Forderung die hypothekarische Sicherung im Grundbuch eingetragen ist, würde es genügen, wenn die Forderung nach den Vorschriften über Rechte an Grundstücken übertragen würde. Wegen § 401 BGB wäre dann allein aus dem Forderungsübergang auch der

<sup>144)</sup> Mot. III, S. 837, 2.

<sup>145)</sup> Mayer, NJW 1963, 2263; Medicus, AcP 163, 9; Reinicke, NJW 1964, 2377.

<sup>146)</sup> Reinicke, NJW 1964, 2376 f.; ebenso schon Heck, § 96, 7, S. 401.

<sup>147)</sup> Vgl. BVerfGE 1, 299, 312, wonach der objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist.

<sup>148)</sup> Mot. III, S. 705.

Übergang der Hypothek aus dem Grundbuch zu entnehmen. Betont man — wie die Motive — die Anwendbarkeit von § 401 BGB (§ 297 E I) auf die Hypothek, dann müßte daraus folgen, daß nur die Übertragung der Forderung zu regeln sei, da das Nebenrecht der Forderung ohne weiteres folge.

Diese Konsequenz wird jedoch nicht gezogen; vielmehr wird gesagt, daß wegen der begrifflichen Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung die Übertragung beider Rechte denselben Grundsätzen unterworfen werde<sup>149)</sup>. Der Entwurf ordne „die Übertragung der Hypothekenforderung“<sup>150)</sup>.

Aus dem Verbot der Trennung von Hypothek und Forderung (§ 1153 Abs. 2 BGB) folgt somit, daß die rechtsgeschäftliche Übertragung beide Rechte erfaßt.

b) Würde sich das Rechtsgeschäft nicht auf den Übergang der Hypothek beziehen, dann müßte man auch annehmen, daß eine Vereinbarung, durch die der Übergang der Hypothek ausgeschlossen wird, wegen § 1153 BGB unbeachtlich sei und daß die Hypothek gleichwohl kraft Gesetzes übergehe. Denn das Kennzeichen des gesetzlichen Erwerbes im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen ist es, daß er ohne Rücksicht auf den Willen der beteiligten Personen eintritt<sup>151)</sup>.

Schon nach den Motiven<sup>152)</sup> und, im Anschluß daran, auch nach heute herrschender Meinung<sup>153)</sup> hat jedoch eine solche Vereinbarung die Unwirksamkeit auch der Forderungsübertragung zur Folge. Der Grund dafür ist, daß wegen der Untrennbarkeit von Forderung und Hypothek beide Rechte auch nur zusammen Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Übertragung sein können.

c) Zutreffend ist auch der Hinweis Kober<sup>154)</sup> darauf, daß § 1154 BGB auf die Übertragung der Grundschild anzuwenden ist. Bei der Grundschild handelt es sich um einen Übergang kraft Rechtsgeschäfts. Der Einwand, § 1192 Abs. 1 BGB schreibe nur eine entsprechende Anwendung vor, ist unberechtigt. Denn für die Grundschild kann nur eine Vorschrift entsprechend anzuwenden sein, die für die Hypothek, und nicht ausschließlich für die Forderung gilt. Denn gerade die Unabhängigkeit von einer Forderung unterscheidet die Grundschild von der Hypothek, § 1192 Abs. 1 BGB.

Aus dem Nebeneinander von Hypothek und Grundschild lassen sich überhaupt Schlüsse auf die Ausgestaltung der Hypothek ziehen.

---

<sup>149)</sup> In diesem Sinne auch Mot. III, S. 836, wo der Unterschied zur Übertragung der durch Pfandrecht gesicherten Forderung hervorgehoben wird.

<sup>150)</sup> Mot. III, S. 705.

<sup>151)</sup> Vgl. v. Tuhr II 1, S. 146.

<sup>152)</sup> Mot. III, S. 706/707.

<sup>153)</sup> Vgl. Sekler, S. 152; Fuchs, Grundbuchrecht, § 1153 N. 3; Planck-Strecker, § 1153 Erl. 1 a. E.; Staudinger-Scherübl, § 1153 Bem. 5, 5 a; Erman-Westermann, § 1153 Bem. 2; Wolff-Raiser, § 136 II, S. 560; Reinicke, NJW 1964, 2377; a. A. Heck, § 96, 3, S. 398; § 1153 BGB sei dispositiv.

<sup>154)</sup> Staudinger-Kober, § 1154 Bem. 1.

Nachdem es in Mecklenburg, Hamburg und Lübeck bereits eine Hypothek gegeben hatte, die den Bestand einer Forderung nicht voraussetzte, wurde sie auch in das preußische Eigentumserwerbsgesetz von 1872 neben der Hypothek unter dem Namen Grundschuld aufgenommen<sup>155</sup>). Bei den Arbeiten an einem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich ging es weniger um die Frage, ob man diesen Dualismus beibehalten solle, als darum, welches Recht im Gesetz zunächst eingehend darzustellen sei, so daß für das andere eine weitgehende Verweisung genüge<sup>156</sup>). Beide in das BGB aufzunehmen erschien deshalb erforderlich, weil in Süddeutschland die Grundschuld ganz ungebräuchlich war<sup>157</sup>), andererseits von ihrer Abschaffung im Norden Nachteile für den Verkehr erwartet wurden<sup>158</sup>).

Die Vielfalt der Grundpfandrechte ist also darin begründet, daß in allen Teilen Deutschlands auch nach Inkrafttreten des BGB die althergebrachten Formen zur Verfügung stehen sollten<sup>159</sup>).

Auf keinen Fall jedoch sollte die Hypothek wegen ihrer Abhängigkeit von einer Forderung in bezug auf den gutgläubigen Erwerb schlechter gestellt werden als die Grundschuld. Um die Befriedigung des Realkreditbedürfnisses sicherzustellen, wurde vielmehr für die Hypothek auch die Forderung unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches gestellt<sup>160</sup>). Hypothek und Grundschuld sollten in dieser Hinsicht gleichbehandelt werden<sup>161</sup>). Für beide sollte es den gutgläubigen Erwerb geben, was wiederum voraussetzt, daß es sich um rechtsgeschäftlichen Erwerb handelt.

d) Geht bei der Abtretung einer Forderung auch die Hypothek durch Rechtsgeschäft auf den Zessionar über, dann ist damit nicht etwa die Geltung des § 401 BGB für die Hypothek überhaupt ausgeschlossen. Durch die Verweisung in § 412 BGB behält die Vorschrift auch für die Hypothek Bedeutung<sup>162</sup>). „Insbesondere“<sup>163</sup>) für die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes wurde § 401 BGB nämlich geschaffen, da das ALR (Teil 1 Tit. 16 § 48) eine solche Regelung nicht kannte.

Hier soll aber ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek ausgeschlossen sein, und zwar auch dann, wenn der Erwerb die gesetzliche Wirkung eines Rechts-

---

<sup>155</sup>) Mot. III, S. 603 ff.; Nußbaum, § 52, S. 268 f.; Wolff-Raiser, § 129 IV 2, S. 522.

<sup>156</sup>) Nußbaum, § 32 I, S. 175; vgl. dazu Prot. IV, S. 497 ff.

<sup>157</sup>) Nußbaum, § 32 I, S. 176.

<sup>158</sup>) Vgl. Mot. III, S. 610.

<sup>159</sup>) Westermann, § 93 I, S. 452.

<sup>160</sup>) Mot. III, S. 602.

<sup>161</sup>) Vgl. Mot. III, S. 607 zu der vom BGB übernommenen preußischen Regelung.

<sup>162</sup>) Über die Geltung des § 401 BGB im Rahmen des § 1159 BGB vgl. u. S. 23/24.

<sup>163</sup>) Mot. II, S. 124.

geschäfts darstellt. Denn unter Rechtsgeschäft im Sinn von § 892 BGB ist nur ein Rechtsgeschäft zu verstehen, das den Erwerb des Rechts unmittelbar zum Inhalt hat<sup>164)</sup>. Tilgt also etwa der gutgläubige Bürge die scheinbar hypothekarisch gesicherte Forderung, dann kann nicht mit der Forderung auch die Hypothek kraft Gesetzes auf ihn übergehen, denn er hat auf Grund der Forderung und nicht auf Grund der Hypothek geleistet<sup>165)</sup>.

Ob der Bürge dabei im Vertrauen auf den Bestand der Hypothek gehandelt hat, ist unerheblich. Denn der Vertrauensschutz ist nicht Zweck der gesetzlichen Regelung in §§ 412, 401 BGB. Ihr liegt vielmehr der Gedanke der Vorteilsausgleichung zugrunde<sup>166)</sup>. Dabei soll die Forderung dem neuen Gläubiger in demselben Umfang zugeordnet werden, wie sie dem bisherigen Gläubiger zustand<sup>167)</sup>. War dieser zu Unrecht als Gläubiger des zur Forderung gehörenden Sicherungsrechts im Grundbuch eingetragen, dann stand es ihm materiell nicht zu. Deshalb kann es auch der neue Gläubiger nicht erwerben, auch nicht mit Hilfe der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens.

Dementsprechend ist auch § 405 BGB, eine Vorschrift zum Schutze des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Verkehrs, von der entsprechenden Anwendung in § 412 BGB ausgenommen.

Die Bedeutung des § 401 BGB liegt also darin, daß für den Forderungsübergang kraft Gesetzes<sup>168)</sup>, bei dem ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen sein soll, eine Regelung geschaffen wurde, auf die man in § 412 BGB für alle akzessorischen Sicherungsrechte<sup>169)</sup>, also auch für die Hypothek, verweisen konnte. Nicht ausgeschlossen wurde damit eine Sonderregelung für die rechtsgeschäftliche Übertragung im einzelnen Fall, wie sie § 1154 BGB für die Hypothek darstellt.

Daß diese Vorschrift die Anwendbarkeit des § 401 BGB auf den rechtsgeschäftlichen Übergang der Hypothekenforderung ausschließt, erscheint um so einleuchtender, als § 401 BGB dispositiv ist, dem aber für die Hypothek wiederum § 1153 Abs. 2 BGB entgegensteht.

e) Abgesehen vom gesetzlichen Forderungsübergang gilt § 401 BGB auch für die Hypothek, die eine Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen (§ 1159 BGB) sichert. Solche Forderungen gibt das Grundbuch

---

<sup>164)</sup> v. Tuhr II 1, S. 166 und ihm folgend Planck-Strecker, § 892 Erl. II 1 d, S. 270; Staudinger-Seufert, § 892 Bem. 27 f; ebenso RGRK-Pritsch, § 892 Anm. 41.

<sup>165)</sup> Planck-Strecker, § 892 Erl. II 1 d, S. 271; Staudinger-Seufert, § 892 Bem. 27 f.

<sup>166)</sup> Siebert-Reimer Schmidt, § 412 Bem. 2; vgl. auch Westermann, § 103 III 1, S. 501.

<sup>167)</sup> Vgl. RGRK-Löscher, § 412 Anm. 9.

<sup>168)</sup> Insoweit kann es sich bei § 401 BGB auch nicht, wie Canaris, S. 77 Fußn. 59 annimmt, um gesetzlich typisierten rechtsgeschäftlichen Erwerb handeln.

<sup>169)</sup> Vgl. die ursprüngliche Fassung „Nebenrechte“ in § 297 E I.

nur als möglich, nicht auch als bestehend an<sup>170)</sup>). Deshalb kann das Vertrauen auf den Bestand der sie sichernden Hypothek nicht geschützt werden. Die Hypothek geht, soweit sie besteht, nach § 401 BGB über, wenn nicht die Anwendung dieser Vorschrift vertraglich ausgeschlossen wurde<sup>171)</sup>). Die §§ 1153, 1154 BGB gelten nicht, und folgerichtig ist auch § 892 BGB nicht anzuwenden, § 1159 Abs. 2 BGB.

Soll die Hypothek auch nicht nach § 401 BGB auf den Zessionar übergehen, dann wird dies besonders bestimmt, so im Fall des § 1190 Abs. 4 BGB.

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen wird jedoch die Hypothek mit der Forderung rechtsgeschäftlich nach § 1154 BGB übertragen<sup>172)</sup>).

f) Das kommt auch im allgemeinen Sprachgebrauch zum Ausdruck: Man sagt nicht, daß man sich eine hypothekarisch gesicherte Forderung abtreten lasse, sondern spricht von Abtretung oder Übertragung der Hypothek<sup>173)</sup>). Auch in der Wissenschaft findet sich vielfach diese Ausdrucksweise<sup>174)</sup>).

In § 17 des Aufwertungsgesetzes vom 16. Juli 1925 sagt auch der Gesetzgeber, daß „die Hypothek abgetreten“ werde, und im Anschluß daran spricht auch das Reichsgericht in Aufwertungssachen von der Abtretung der Hypothek<sup>175)</sup>). Hier verwendet das RG auch stellenweise den Ausdruck „Hypothekenforderung“<sup>176)</sup>), wobei allerdings nicht festzustellen ist, ob damit sowohl Forderung wie Hypothek gemeint sind<sup>177)</sup>), oder nur der persönliche Anspruch<sup>178)</sup>).

---

<sup>170)</sup> Westermann, § 106 I, S. 517 und § 104 I 3, S. 507.

<sup>171)</sup> Wolff-Raiser, § 149 I 1 m. Anm. 4, S. 620; Staudinger-Scherübl, § 1159 Bem. 2 c; Palandt-Hoche, § 1159 Anm. 2; Westermann, § 104 I 3, S. 507; abw. Fuchs, Grundbuchrecht, §§ 1158, 1159 N. 9: Übertragung nach §§ 401, 1250.

<sup>172)</sup> So Fuchs, Grundbuchrecht, § 1154 Einl. und N. 1 b; Staudinger-Kober, § 1154 Bem. 1; Wieacker, Bodenrecht, § 23 II 4 b, S. 189 und § 27 I 1 a, S. 212; vgl. auch Wieacker, DRWiss. 1941, 49, 63; dagegen Wolff-Raiser, § 132 Anm. 2, S. 532; Staudinger-Scherübl, § 1154 Bem. 1; Medicus, AcP 163, 9 spricht einerseits von „Abtretung von Forderung und Hypothek“, betont aber andererseits die Anwendbarkeit von § 401 BGB.

<sup>173)</sup> Vgl. Baur, § 38 I 2, S. 310; Wolff-Raiser, § 130 II 2, S. 526; Wieacker, Bodenrecht, § 23 II 5 a, S. 189.

<sup>174)</sup> Etwa bei v. Tuhr II 1, S. 502; Biermann, Sachenrecht, §§ 892/893 Bem. 5 a; Nußbaum, § 26 I, S. 129; Staudinger-Seufert, § 873 Bem. 4; ebenso schon Mot. III, S. 215: „Läßt . . . Jemand sich eine Hypothek abtreten“; widersprüchlich Westermann, § 104 III, S. 509.

<sup>175)</sup> Vgl. etwa RGZ 116, 177 ff.; 119, 48; 120, 283, 284; 121, 263 ff.

<sup>176)</sup> Vgl. RGZ 120, 307, 309 f.; 120, 331, 332; 121, 290 (auf S. 291 heißt es Hypothek und hypothekarisch gesicherte Forderung).

<sup>177)</sup> Wie man etwa in den Entscheidungen RGZ 119, 142, 144 f.; 120, 151 annehmen könnte.

Die Betonung der Hypothek im allgemeinen Sprachgebrauch zeigt, daß die wirtschaftliche Bedeutung der Hypothekenforderung in erster Linie in der Hypothek und nicht in der persönlichen Forderung liegt<sup>179)</sup>.

g) Dies hat sich wiederum bei der rechtlichen Ausgestaltung der Hypothek ausgewirkt. In bestimmten Fällen hat die Eintragung der Hypothek zuordnungsbestimmende Wirkung auch für die Forderung.

aa) Westermann ist allerdings der Ansicht, daß für die Hypothek nur die Forderung zuständigkeitsbestimmend sei<sup>180)</sup>. Das zeige sich deutlich auch in § 1143 BGB<sup>181)</sup>. Hier ist die Forderung das zuständigkeitsbestimmende Recht, solange Hypothek und Forderung bestehen. Zahlt in diesem Fall der Eigentümer, dann geht die Forderung auf ihn über, und die Zuordnung der Forderung bestimmt den Inhaber der Hypothek.

bb) Anders ist es jedoch bei Zahlung an den Scheingläubiger. Hier ist der Eigentümer durch § 893 BGB geschützt. Zahlt er auf Grund der Hypothek an den vermeintlichen Zessionar, dem die Hypothekenforderung von einem Geschäftsunfähigen abgetreten wurde, dann erwirbt er kraft seines guten Glaubens Hypothek und Forderung<sup>182)</sup>.

Im Fall des gutgläubigen Erwerbs hat also die Eintragung der Hypothek zuordnungsbestimmende Wirkung auch für die Forderung.

Auch beim gutgläubigen Erwerb der Hypothek nach § 892 BGB ist nicht die Forderung das zuständigkeitsbestimmende Recht. Besteht zwar die Forderung, aber nicht die Hypothek, dann erlangt der Erwerber die Forderung durch die Zession, die Hypothek durch gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB.

Ist die gesicherte Forderung nicht vorhanden, dann besteht eine Eigentümergrundschuld, §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB. Der Zessionar erwirbt die Hypothek nach § 892 BGB, und die Forderung wird nach § 1138 BGB für diesen Erwerb lediglich fingiert<sup>183)</sup>. Nicht die Zuordnung einer Forderung bestimmt also hier den Inhaber der Hypothek, sondern der Erwerber erlangt auf Grund seines guten Glaubens allein die Hypothek.

Ist jedoch die Forderung vorhanden und steht sie lediglich einem anderen als

---

<sup>178)</sup> So in der Entscheidung RGZ 119, 172: In diesem Rechtsstreit ging es nur um die persönliche Forderung.

<sup>179)</sup> So schon Mot. III, S. 705; BGH NJW 1952, 420; Baur, § 38 I 2, S. 310; Heck, § 78 III 3, S. 331 und § 79, 2, S. 335; Wieacker, Bodenrecht, § 23 II 5 a, S. 189; einschränkend Westermann, § 93 II 4 c, S. 455.

<sup>180)</sup> Vgl. Westermann, § 93 II 1, S. 453.

<sup>181)</sup> Westermann, § 103 III 1, S. 501.

<sup>182)</sup> Vgl. Westermann, § 106 V 2 und 3, S. 523.

<sup>183)</sup> Oertelt, Recht 1914, 294; Palandt-Hoche, § 1138 Anm. 2 b.

dem Zedenten zu, dann kann ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek auch den Erwerb der Forderung zur Folge haben:

Tritt ein Minderjähriger seine Hypothekenforderung ab und überträgt sie der Zessionar wiederum einem Dritten, dann erwirbt dieser nach §§ 892, 1138 BGB die Hypothek. Da Forderung und Hypothek untrennbar sind (§ 1153 Abs. 2 BGB), kann die Forderung nicht beim minderjährigen Gläubiger zurückbleiben. Auch sie geht auf den gutgläubigen Erwerber der Hypothek über<sup>184)</sup>. Die Grundbucheintragung hat in diesem Fall zuordnungsbestimmende Wirkung auch für die Forderung<sup>185)</sup>.

h) In allen Fällen wirkt sich die Hypothekeneintragung auf die Form aus, die zur Abtretung der Hypothekenforderung erforderlich ist: die Forderung wird ebenso wie die Hypothek in den Formen des Liegenschaftsrechts übertragen, § 1154 BGB. Daß auch der Übergang der Hypothek nach dieser Vorschrift rechtsgeschäftlich ist, setzt allerdings voraus, daß sich der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien auch auf diese Rechtsfolge erstreckt.

Denn um ein Rechtsgeschäft kann es sich nur dann handeln, wenn der rechtliche Erfolg (hier: Übergang der Hypothek) eintritt, weil er von den Parteien gewollt ist<sup>186)</sup>. Dabei muß ihnen auch bewußt sein, daß aus ihrem Verhalten auf einen Rechtsbindungswillen geschlossen werden kann. Zur rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gehört also auch das Erklärungsbewußtsein<sup>187)</sup>.

Da bei der Buchhypothek der Inhaber des betroffenen Rechts die Eintragung des Rechtsnachfolgers bewilligt, wird ihm — wie auch dem Empfänger der Erklärung — bewußt, daß er ein für ihn im Grundbuch eingetragenes Recht überträgt. Gerade der Laie verbindet mit dem Grundbuch das Grundstücksrecht. Sein rechtsgeschäftlicher Wille richtet sich also bei der Übertragung gerade auch auf die Hypothek<sup>188)</sup>.

Bei der Briefhypothek muß das Papier übergeben werden, in dem das Hypo-

---

<sup>184)</sup> Westermann, § 106 III 4, S. 519; Baur, § 38 IV 1 d, S. 314; Oertelt, Recht 1914, 294 f.; Wolff-Raiser, § 137 II 1 d, S. 565; Planck-Strecker, § 1138 Erl. 4 a; Staudinger-Scherübl, § 1138 Bem. 2 gegen die Voraufgabe Kobers; a. A. Boehmer, ArchBürgR. 37, 216 ff.; Heck, § 96, 7 a, S. 401; Wieacker, Bodenrecht, § 27 II 3 d, S. 215; Küchler, S. 86 Note 1.

<sup>185)</sup> Vgl. Palandt-Hoche, § 1153 Anm. 1 c: „... folgt die Fdg der Hyp“; vgl. auch Erman-Westermann, § 1153 Bem. 3: die Forderung geht „mit der Hypothek“ über.

<sup>186)</sup> Mot. I, S. 126; v. Tuhr II 1, S. 161; vgl. auch Flume, Rechtsgeschäft, § 2, 2, S. 24.

<sup>187)</sup> Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 4, S. 901/902; Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Bem. 2 i; Lehmann, § 24 IV 1 b  $\beta$ , S. 134/135.

<sup>188)</sup> So auch, bei grundsätzlich anderer Ansicht, Küchler, S. 88; vgl. auch Heck, § 96, 2, S. 397.

thekenrecht verbrieft ist. Mit der Übergabe wird den Parteien bewußt, daß auch die Hypothek von der Rechtsübertragung erfaßt wird. Nehmen die Parteien die Abtretung in der vorgeschriebenen Form vor, dann wollen sie auch die Übertragung der Hypothek und nicht nur die der Forderung.

Aus der Formvorschrift des § 1154 BGB und dem Grundsatz der Untrennbarkeit von Hypothek und Forderung (§ 1153 Abs. 2 BGB) ergibt sich also, daß sowohl Forderung wie auch Hypothek rechtsgeschäftlich übertragen werden. In § 1154 BGB müßte es also statt Abtretung der Forderung heißen: „Abtretung der Hypothekenforderung“.

Damit ist die Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek nach § 892 BGB gegeben.

3. Für die Übertragung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs gibt es keine Vorschrift, die der für die Hypothekenforderung (§ 1154 BGB) entspräche. Dies kann dem Gesetzgeber nicht unbewußt geblieben sein, denn bereits die erste Kommission begründete ihre Ablehnung der Vormerkung unter anderem damit, daß der Entwurf auf halbem Wege stehenbleibe, indem er die Verfügung über den durch Vormerkung gesicherten Anspruch nicht unter das Eintragungsprinzip stelle und die Berufung des Erwerbers auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht gestatte<sup>189)</sup>. Als die zweite Kommission dann die Vormerkung in das BGB einfügte, unterblieb eine solche Regelung der Abtretung; die entsprechende Anwendbarkeit des § 401 BGB auf andere als die aufgeführten Sicherungsrechte wurde besonders betont<sup>190)</sup>.

Die Vormerkung wirkt also nicht in gleicher Weise auf den Anspruch ein, wie dies bei der Hypothek in § 1154 BGB der Fall ist <sup>191)</sup>.

Gleiches gilt im Hinblick auf § 1138 BGB. Diese Vorschrift ermöglicht einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek, auch wenn dem Zedenten keine Forderung zusteht. Der Erwerb der Hypothek kann wiederum zur Zuordnung auch der Forderung führen<sup>192)</sup>. Bei der Vormerkung ist dies undenkbar<sup>193)</sup>. Der Grund ist nicht, daß für sie eine dem § 1138 BGB entsprechende Vorschrift fehlt<sup>194)</sup>, sondern die unterschiedliche Bestimmung von Hypothek und Vormerkung.

Die Hypothek ist ein Verwertungsrecht. Während die gesicherte Forderung

---

<sup>189)</sup> Vgl. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 59.

<sup>190)</sup> Prot. I, S. 386; Prot. III, S. 751 für die Vormerkung.

<sup>191)</sup> Westermann, § 84 V 1, S. 415; vgl. auch Mayer, NJW 1963; 2263; Medicus, AcP 163, 9 f.; Reinicke, NJW 1964, 2378.

<sup>192)</sup> Vgl. o. S. 25/26.

<sup>193)</sup> Gegen die Anwendung von § 1138 BGB Reichel, JherJb. 46, 104; Rosenberg, § 883 Erl. V 2 b.

<sup>194)</sup> So Medicus, AcP 163, 3; dagegen Reinicke, NJW 1964, 2376: zu erwägen bliebe noch eine entsprechende Anwendung.

auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners gerichtet ist, belastet die Hypothek das Eigentum am Grundstück. Die Verwertung des Grundstücks ist möglich, auch wenn eine Forderung nicht besteht. Nur weil die Hypothek begrifflich an eine Forderung angelehnt ist, wird sie für den gutgläubigen Erwerb der Hypothek fingiert.

Die Vormerkung dagegen sichert die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs. Nur wenn der Anspruch tatsächlich besteht, ist dies überhaupt möglich. Der Zessionar müßte also auch den Anspruch selbst gutgläubig erwerben und nicht nur — mit Hilfe einer Fiktion des Anspruchs — die Vormerkung. Der gutgläubige Erwerb einer Forderung ist jedoch nicht möglich<sup>195)</sup>.

Die hypothekarisch gesicherte Forderung, die dem Zedenten nicht zusteht, erwirbt der gutgläubige Zessionar nur deshalb mit der Hypothek, weil § 1153 BGB eine Trennung der Hypothek von der Forderung verbietet<sup>196)</sup>.

Eine solch enge Verbindung besteht jedoch nicht zwischen Vormerkung und gesichertem Anspruch. Die Vormerkung dient nur zur Unterstützung des Anspruchs; sie hat keine eigene Bedeutung. Die Parteien können ihren Übergang bei der Abtretung des Anspruchs ausschließen. In diesem Fall erlischt die Vormerkung, und der Anspruch besteht ungesichert weiter<sup>197)</sup>. Fehlt eine solche Vereinbarung, dann ist der Anspruch zuordnungsbestimmend auch für die Vormerkung. Sie geht entsprechend § 401 BGB<sup>198)</sup> kraft Gesetzes auf den Erwerber des Anspruchs mit über.

Damit ist, da es an einem rechtsgeschäftlichen Erwerb fehlt, ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung ausgeschlossen<sup>199)</sup>.

4. Ein Vergleich mit einem weiteren akzessorischen Sicherungsrecht, dem Pfandrecht, bestätigt dieses Ergebnis:

---

<sup>195)</sup> Auch § 405 BGB schützt nur den guten Glauben an den Nichtbestand der zwei genannten Einwendungen, vgl. Palandt-Danckelmann, § 405 Anm. 1; Staudinger-Werner, § 405 Bem. II; Medicus, AcP 163, 1 und Fußn. 1.

<sup>196)</sup> Vgl. o. S. 25/26.

<sup>197)</sup> So schon Prot. III, S. 751, II; weiterhin vor allem Güthe, GruchBeitr. 57, 69; Philipsen, S. 54; Fuchs, Grundbuchrecht, § 883 N. 18; Biermann, Sachenrecht, § 883 Bem. 3; Planck-Strecker, § 883 Erl. 4; Wolff-Raiser, § 48 V, S. 162; Baur, § 20 V 1 c, S. 167; abweichend v. Tuhr I, S. 236; Rosenberg, § 883 Erl. IV 7 b β: Untergang der Vormerkung nur bei Löschung; Gierke, Sachenrecht, § 119 Anm. 150, S. 337; zum Teil auch Sekler, S. 152 f.

<sup>198)</sup> Vgl. o. S. 19.

<sup>199)</sup> So: Baur, § 20 V 1 b, S. 167, § 20 VI 2 b, S. 169; Siebert-Baur, § 893 Bem. 7 (unzutreffend hier allerdings der Hinweis auf § 412 BGB); Canaris, S. 77; Medicus, AcP 163, 8/9 und 11/12; vgl. auch Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 191; Zunft, JW 1929, 2498; Drabik, S. 15; U. Weber, S. 158; Mayer, NJW 1963, 2263; Palandt-Hoche, § 883 Anm. 2 b.

Wird die durch Pfandrecht gesicherte Forderung übertragen, dann geht das Pfandrecht ohne weiteres mit über, §§ 401 Abs. 1, 1250 Abs. 1 Satz 1 BGB, auch wenn der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien nicht darauf gerichtet ist und ohne daß das Pfand dem Erwerber übergeben werden müßte<sup>200)</sup>.

Hier zeigt sich der Unterschied zur Hypothek: sie wird rechtsgeschäftlich durch Einigung und Eintragung begründet und übertragen. Das einmal bestellte Pfandrecht geht dagegen kraft Gesetzes als Folge der Forderungsabtretung auf den neuen Gläubiger über.

In der Übergabe der Pfandsache kann auch keine Neuverpfändung liegen, da der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien hierauf nicht gerichtet ist. Mit dem Pfandbesitz erhält der Zessionar nur das, was ihm als Pfandgläubiger ohnehin zusteht (vgl. § 1251 Abs. 1 BGB). Für den Übergang des Pfandrechts selbst ist dies ohne Bedeutung. Da es nicht rechtsgeschäftlich übertragen wird, ist auch ein gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts nicht möglich<sup>201)</sup>.

5. Gegen dieses Ergebnis wenden sich Heck und Westermann<sup>202)</sup>, beide allerdings ohne anzugeben, nach welcher Vorschrift der Zessionar hier das Pfandrecht erwerben soll.

a) Für die Beantwortung der Frage, ob die Gutglaubensschutzvorschriften des Mobiliarsachenrechts anwendbar sind, kann es nicht entscheidend sein, ob der Pfandbesitz auf den Zessionar übertragen wird<sup>203)</sup> oder nicht.

Der Rechtsschein, der innerer Grund für den Vertrauensschutz ist, beruht nicht auf dem Übergang des Besitzes auf den Erwerber, „sondern nur auf dem Besitz des Verfügenden, weil dieser dafür spricht, daß der Besitzer auch Eigentümer ist“<sup>204)</sup>. Während § 892 BGB die Richtigkeit des Grundbuchs auch für beschränkte dingliche Rechte fingiert<sup>205)</sup>, begründet der Besitz für den rechtsgeschäftlichen Verkehr also nur die Eigentumsvermutung, nicht auch die Vermutung für das Bestehen eines Pfandrechts<sup>206)</sup>. Hierauf bezieht sich aber der gute Glaube des Erwerbers bei der Abtretung einer vermeintlich gesicherten Forderung. Da § 1207 BGB ebenso wie § 932 BGB den guten Glauben an das Eigentum schützt, könnte keine dieser beiden Vorschriften entsprechend angewendet werden.

---

<sup>200)</sup> Planck-Flad, § 1250 Erl. 1 a; Wolff-Raiser, § 170 II 1, S. 705 und § 130 II 2, S. 526.

<sup>201)</sup> Baur, § 55 B V 3, S. 512; Planck-Flad, § 1250 Erl. 1 a; Staudinger-Spreng, § 1250 Bem. 1; Wolff-Raiser, § 170 II 1, S. 705.

<sup>202)</sup> Heck, § 105 V, S. 429; Westermann, § 132 I 1 b, S. 658; de lege ferenda auch Staudinger-Kober, vor § 1204 Vorbem. 1.

<sup>203)</sup> Vgl. hierzu Reinicke, NJW 1964, 2377; Medicus, AcP 163, 10; Wolff-Raiser, § 170 Anm. 4, S. 705; dagegen Flume, AcP 161, 395 N. 17.

<sup>204)</sup> BGHZ 34, 153, 158.

<sup>205)</sup> Palandt-Hoche, § 892 Anm. 1.

<sup>206)</sup> So Flume, AcP 161, 395.

Auch dies bestätigt die herrschende Ansicht, daß der Erwerb des Pfandrechts als gesetzliche Folge des Forderungsübergangs<sup>207)</sup> nicht unter dem Schutz des guten Glaubens steht.

b) Der Übergabe im Mobiliarsachenrecht entspricht im Grundstücksrecht die Eintragung des Rechtsübergangs.

aa) Bei der Hypothek ergibt sich aus der Formvorschrift des § 1154 BGB in Verbindung mit § 1153 BGB, daß sie mit der Forderung rechtsgeschäftlich übergeht. Für den gutgläubigen Erwerb einer Buchhypothek ist die Eintragung nur deshalb notwendig, weil sie auf jeden Fall — also auch beim Erwerb vom Berechtigten — für den Rechtsübergang erforderlich ist. Auch bei einem Erwerb, für den die Eintragung nicht konstitutiv ist, kann es, wie § 892 Abs. 2 BGB zeigt, einen Schutz des guten Glaubens geben. Er ist also keine Folge des Eintragungsprinzips, sondern knüpft allein an den Grundbuchstand an<sup>208)</sup>.

bb) Daß der Übergang der Vormerkung bei Abtretung des gesicherten Anspruchs nicht ins Grundbuch eingetragen werden muß, kann deshalb auch nicht der entscheidende Grund dafür sein, daß ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung ausgeschlossen ist<sup>209)</sup>.

6. Der Ausschluß des gutgläubigen Erwerbs beim Pfandrecht ist nach Ansicht von Heck die Folgerung aus einer unrichtigen juristischen Konstruktion<sup>210)</sup>, und Westermann stimmt ihm zu mit der Bemerkung, es sei kein Bestreben des Gesetzes ersichtlich geworden, das Pfandrecht nicht zum Verkehrsgegenstand werden zu lassen<sup>211)</sup>.

Das Gesetz enthält jedoch die besonderen Vorschriften für Übertragung und gutgläubigen Erwerb der Hypothek, um ihre Umlaufsfähigkeit zu gewährleisten. Hätte dasselbe Bestreben beim Pfandrecht bestanden, dann hätte es nahegelegen, auch hier eine entsprechende Regelung zu treffen.

Die gesetzliche Ausgestaltung entspricht auch der unterschiedlichen Interessenslage bei Pfandrecht und Hypothek.

a) Bei der Hypothek steht ihre Verwendung für dauernde Kapitalanlagen<sup>212)</sup> im Vordergrund. In diesem Fall ist es nicht so sehr entscheidend, wie die schuldrechtliche Forderung durchsetzbar ist, sondern daß die Hypothek auf die Dauer eine gute Sicherung bietet. Gerade bei langfristigen Anlagen können jedoch wirtschaftliche Veränderungen einen Wechsel erforderlich machen: die

---

<sup>207)</sup> Auch Westermann, § 132 I 1, S. 657 ist der Ansicht, daß nur die Forderung abgetreten wird.

<sup>208)</sup> Vgl. Lutter, AcP 164, 123, 132.

<sup>209)</sup> So jedoch Krauthausen, S. 53.

<sup>210)</sup> Heck, § 105 V, S. 429.

<sup>211)</sup> Westermann, § 132 I 1 b, S. 658; dagegen Medicus, AcP 163, 11 Fußn. 37.

Hypothekenforderung muß deshalb umlauffähig sein<sup>213</sup>). Dies ist durch die gesetzliche Regelung gewährleistet<sup>214</sup>).

b) Das Pfandrecht dagegen sichert in erster Linie kurzfristige Kredite<sup>215</sup>). Es stellt nicht in dem Maße wie die Hypothek einen selbständigen wirtschaftlichen Wert dar, sondern hat nur als Sicherungsmittel für die Forderung Bedeutung<sup>216</sup>). Die Forderung steht im Vordergrund. Für sie will der Gläubiger Befriedigung erlangen. Ist ihm dies nicht möglich, dann soll eine rasche Verwertung des Pfandes den geschuldeten Betrag erbringen. Nicht so häufig wie eine Hypothekenforderung wird eine durch Pfandrecht gesicherte Forderung übertragen; schon wegen der §§ 404, 406 ff. BGB eignet sie sich wenig als Verkehrsgegenstand<sup>217</sup>).

c) Ähnlich ist es bei der Vormerkung. Allerdings ist es nicht ausschließlich so, daß die Vormerkung Ansprüche nur für eine begrenzte Zeit sichert, nur eine Durchgangerscheinung ist<sup>218</sup>).

aa) Nur in den meisten Fällen, etwa beim Kauf eines Baugrundstücks, soll der gesicherte Anspruch möglichst bald dadurch erfüllt werden, daß die Rechtsänderung, auf die er sich richtet, durch Eintragung ins Grundbuch herbeigeführt wird. Nur hierauf, nicht auf eine dauernde Anlage, kommt es in diesem Fall dem Gläubiger an. Die Vormerkung soll ihn nur dagegen sichern, daß während des oft langwierigen Verfahrens beim Grundbuchamt oder beim Katasteramt die Erfüllung des Anspruchs noch vereitelt wird. Durchweg wird dann der Anspruch gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger erfüllt. An eine Übertragung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs ist normalerweise nicht gedacht.

bb) Handelt es sich jedoch um die Sicherung eines künftigen Anspruchs (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB), dann kann die Vormerkung auch Sicherungsmittel für längere Dauer sein. Vor allem bei Optionsrechten<sup>219</sup>) ist dies der Fall. Ein Beispiel: Ein Unternehmen läßt sich für angrenzende Grundstücke ein Ankaufsrecht einräumen, da noch nicht feststeht, wann die Erweiterung eines

<sup>212</sup>) Reinicke, NJW 1964, 2378; Heck, § 79, 1, S. 335, § 80, 1, S. 339; vgl. auch Westermann, § 91 III 2, S. 448.

<sup>213</sup>) Vgl. Heck, § 80, 1 b, S. 339.

<sup>214</sup>) Vgl. Reinicke, NJW 1964, 2376.

<sup>215</sup>) So Staudinger-Spreng, vor § 1204 Vorbem. 3; Westermann, § 127 I, S. 634; Heck, § 101, 2, S. 414.

<sup>216</sup>) Westermann, § 127 I, S. 634; vgl. auch Gierke, Sachenrecht, § 169 II, S. 967.

<sup>217</sup>) Medicus, AcP 163, 11.

<sup>218</sup>) So allerdings Reinicke, NJW 1964, 2378.

<sup>219</sup>) Vgl. RG JW 1936, 647 unter Nr. 7; RG WarnRspr. 1913 Nr. 184, S. 223; KGJ 37 A 280 ff.; OLG Dresden, OLGRspr. 40, 35; Larenz, Schuldrecht, § 40 IV 3, S. 109 f.; Staudinger-Seufert, § 883 Bem. 36, 37.

Werkes erforderlich sein wird. Hier sichert sich das Unternehmen unter Umständen auf Jahrzehnte hinaus durch Vormerkung die unbeeinträchtigte Ausübung des Optionsrechts.

Der durch Vormerkung gesicherte künftige Anspruch auf Übereignung kann auch hier übertragen werden. Da er in erster Linie für das Unternehmen von Bedeutung ist, dem die Vormerkung bewilligt wurde, geschieht dies jedoch hauptsächlich dann, wenn das gesamte Unternehmen veräußert wird. Für diesen Erwerb kann es deshalb keinen besonderen Verkehrsschutz geben, weil alle zum Unternehmen gehörenden Gegenstände jeweils nach den für sie geltenden Bestimmungen und mit dem für sie bestehenden Verkehrsschutz übertragen werden müssen. Auch in diesem Fall eignet sich also die Vormerkung nicht als Verkehrsgegenstand.

Der durch Vormerkung gesicherte Anspruch ist kein Verkehrsrecht, dessen Umlaufsfähigkeit gewährleistet sein müßte<sup>220)</sup>.

Nur bei der Hypothek war dies erforderlich. Es geschah durch die besondere Ausgestaltung der Übertragung: sowohl die Forderung wie auch die Hypothek werden rechtsgeschäftlich in der erschwerten Form übertragen, die für Liegenschaftsrechte gilt. Dadurch wird dann auch der gutgläubige Erwerb möglich, die Verkehrsfähigkeit also sichergestellt.

Die Vormerkung, die nicht umlaufsfähig sein muß, kann dagegen nach § 401 BGB mit der Forderung kraft Gesetzes übergehen, auch wenn dadurch der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen ist.

Das Fehlen einer Vorschrift zum Schutz des guten Glaubens ist also nicht als Gesetzeslücke anzusehen<sup>221)</sup>.

Bezeichnend ist, daß der Beispielfall des BGH in der Praxis nie entschieden werden mußte. Auch der BGH hatte keine Veranlassung, sich zu der Frage zu äußern, da der Fall nicht zur Entscheidung stand.

---

<sup>220)</sup> Canaris, S. 77 mit Fußn. 59; Medicus, AcP 163, 11.

<sup>221)</sup> So Canaris, S. 77.

#### **D. Als Ergebnis ist also festzustellen:**

Die Vormerkung sichert als dingliche Erwerbsberechtigung die Erfüllbarkeit des schuldrechtlichen Anspruchs.

Dies würde eine entsprechende Anwendung des § 892 BGB auf den Übergang der Vormerkung rechtfertigen. Eine Analogie ist jedoch deshalb ausgeschlossen, weil die Vormerkung bei Übertragung des gesicherten Anspruchs kraft Gesetzes nach § 401 BGB mit übergeht, § 892 BGB jedoch einen rechtsgeschäftlichen Erwerb voraussetzt.

Das Ergebnis ist also das gleiche wie beim Pfandrecht, das auch kraft Gesetzes übergeht, während die Hypothek rechtsgeschäftlich erworben wird. Es entspricht auch der unterschiedlichen Interessenlage bei Hypothek, Pfandrecht und Vormerkung.

Gutgläubig kann eine Vormerkung nur erworben werden, wenn ein eingetragener Nichtberechtigter sie bewilligt. Grund dafür ist nicht, daß damit ein Recht erworben wird (§ 892 BGB analog), sondern daß der Nichtberechtigte durch die Bewilligung der Vormerkung über das von ihr betroffene Recht verfügt (§ 893 BGB).

**E. Anhang:**  
**Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung**  
**in der Zwangsvollstreckung**

*I. Erwerb nach §§ 894, 898 ZPO*

Besteht eine Verpflichtung des Schuldners zur Bewilligung einer Vormerkung<sup>222)</sup>, dann kann seine Bewilligungserklärung durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO ersetzt werden<sup>223)</sup>. Da das Urteil die Rechtsfolgen herbeiführen soll, die eine tatsächlich erklärte Bewilligung gehabt hätte<sup>224)</sup>, ist nach § 898 ZPO auch ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung möglich<sup>225)</sup>, wenn ein eingetragener Nichtberechtigter zur Abgabe der Erklärung verurteilt wird.

*II. Entsprechende Anwendung von § 898 ZPO auf den Erwerb der Vormerkung nach § 895 ZPO*

§ 898 ZPO führt nur den Erwerb nach § 894 ZPO an, nicht auch den nach § 895 ZPO. Daraus folgert man zum Teil, daß ein Erwerb der Vormerkung nach dieser Vorschrift nicht unter dem Schutz des guten Glaubens stehe<sup>226)</sup>; ein nur vorläufig vollstreckbares Urteil könne diese Folge nicht haben<sup>227)</sup>.

Dagegen spricht bereits der Wortlaut der §§ 894, 895 ZPO. In beiden Fällen gilt die Bewilligungserklärung als abgegeben<sup>228)</sup>. Bevor das Urteil rechtskräftig wird, kann auch der Gläubiger seinen Anspruch noch nicht durchsetzen und folglich die Vormerkung ihre Wirkungen noch nicht entfalten. Wird aber das Urteil durch eine rechtskräftige Entscheidung aufgehoben, dann erlischt nach § 895 Satz 2 ZPO die Vormerkung<sup>229)</sup>.

Andererseits soll der Gläubiger für den Fall, daß das vorläufig vollstreckbare Urteil rechtskräftig wird, davor geschützt werden, daß sein Erwerb in der

---

<sup>222)</sup> Vgl. hierzu o. S. 12/13 mit Fußnote 93.

<sup>223)</sup> So schon Sekler, S. 55; Reichel, JherJb. 46, 162; a. A. Stintzing, Recht 1904, 322.

<sup>224)</sup> Vgl. Reinicke, NJW 1964, 2379; ebenso schon Prot. III, S. 78; vgl. auch BGHZ 9, 250, 252.

<sup>225)</sup> Strohal, Programm, S. 14; Sekler, S. 139; U. Weber, S. 153/154 gegen Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 190.

<sup>226)</sup> So etwa Baumbach-Lauterbach, § 898 Anm. 1; Thomas-Putzo, zu § 898; Wieczorek, § 898 B; anders dagegen Strohal, Programm, S. 13 ff.; Othmer, S. 89; Müller, S. 51; Cosack, 3. Aufl., § 177 III 1 b m. Anm. 16, S. 26, § 180 IV 1 a m. Anm. 8, S. 39.

<sup>227)</sup> So Sekler, S. 138 f.; vgl. auch U. Weber, S. 154; Furtner, NJW 1963, 1485.

<sup>228)</sup> Reinicke, NJW 1964, 2380.

<sup>229)</sup> So schon Strohal, Programm, S. 15 Anm. 12; vgl. auch Reinicke, NJW 1964, 2380.

Zwischenzeit vereitelt oder beeinträchtigt wird. Denn auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils nach § 894 ZPO kann der Gläubiger, anders als sonst, noch nicht auf eigene Gefahr vollstrecken<sup>230)</sup>. Die Interessen des Gläubigers sind in diesem Fall durch § 895 ZPO gewahrt: die Eintragung einer Vormerkung bereits bei vorläufiger Vollstreckbarkeit sichert ihm die uneingeschränkte Durchsetzung des Anspruchs im Augenblick der Rechtskraft.

Im Zusammenhang damit muß auch die rechtspolitische Zwecksetzung des § 898 ZPO gesehen werden. Tragender Grundsatz dieser Zwecksetzung ist es, daß der Erwerb nach § 894 ZPO für den Schutz des guten Glaubens als rechtsgeschäftlicher Erwerb behandelt wird. Diese Gleichsetzung ist aber nur dann vollständig, wenn ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 894, 898 ZPO für die Zeit zwischen vorläufiger Vollstreckbarkeit und Rechtskraft des Urteils ebenso gesichert wird, wie ein Erwerb nach § 894 ZPO durch § 895 ZPO. Dies wird dadurch erreicht, daß der Erwerb der Vormerkung nach § 895 ZPO auch gutgläubig entsprechend § 898 ZPO möglich ist.

Das tragende Prinzip der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 898 ZPO trifft also auch den Fall des § 895 ZPO. Als analoger Obersatz<sup>231)</sup> ergibt sich:

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zum Schutz des guten Glaubens sind auf den Erwerb durch die Fiktion einer Erklärung nach §§ 894, 895 ZPO anzuwenden.

§ 898 ZPO ist auf den Erwerb einer Vormerkung nach § 895 ZPO entsprechend anwendbar.

---

<sup>230)</sup> Vgl. hierzu vor allem Reinicke, NJW 1964, 2380 f.

<sup>231)</sup> Im Sinne von Bartholomeyczik, S. 84.



### **Lebenslauf**

Am 5. Oktober 1938 wurde ich als Sohn des damaligen aktiven Hauptmanns und jetzigen Oberstleutnants a. D. Paul Heinrich Zärban und seiner Ehefrau Charlotte, geborene Trosch, in Potsdam geboren.

Die Volksschule besuchte ich vom Herbst 1944 bis zum Herbst 1945 in Herrenalb im Schwarzwald, vom Herbst 1945 bis Ostern 1949 in Bensheim an der Bergstraße, anschließend das Realgymnasium in Bensheim bis Februar 1956 und von Februar 1956 bis Februar 1958 die Oranienschule in Wiesbaden, an der ich am 26. Februar 1958 die Reifeprüfung ablegte.

Danach studierte ich je ein Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Frankfurt am Main und Mainz.

Von April 1959 bis September 1960 wurde mein Studium durch den verlängerten Grundwehrdienst unterbrochen.

Anschließend studierte ich weitere elf Semester Rechtswissenschaft an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz. Nach insgesamt acht Semestern meldete ich mich zur ersten juristischen Staatsprüfung, die ich am 21. Mai 1964 vor dem Justizprüfungsamt beim Ministerium der Justiz in Mainz bestand. Seit dem 2. Mai 1966 bin ich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 26. Juli 1966.





